Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Fünften Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1799.

Lib. III. Tit. IV.

Quod cuiusque universitatis nomine vel contra eam agatur.

§. 405.

Wer heißt ein Syndicus?

Korporationen und Gemeinheiten können bey vorfallenden Rechtsstreitigkeiten nicht in Person vor Gericht erscheinen, (§. 398. nr. 3.), sondern müssen einen gemeinschaftlichen Anwald bestellen, welcher in den Gesetzen *Syndicus*, zuweilen auch *Actor universitatis* [1]) genennt wird. Man versteht also unter einem Syndicus einen solchen Anwald, welcher von einer Gemeinheit, z. B. von einer Stadt, oder Dorfschaft, oder Academie, oder Zunft, und dergleichen, zur Betreibung der sie betreffenden gerichtlichen Geschäfte bevollmächtiget ist [2]).

§. 406.

1) L. 1. §. 1. L. 2. L. 6. §. 2. et 3. D. h. t. Ein *Actor* wurde gewöhnlich nur zu einem einzelnen schon vorhandenen Rechtsstreite bestellt, dahingegen ein Syndicus ad lites omnes sowohl praesentes als futuras bestellet werden konnte. S. LOSSAEUS de iure universitatum P. II. Cap. I. nr. 35.

2) LAUTERBACH Diss. de Syndicis. *Tüb.* 1656. *Ern. Mart.* CHLADENII Singularia quaedam de syndicis et instrumento syndicatus *Vitemb.* 1757. *Henr. Car.* WINTER Diss. de differentiis inter procuratorem et syndicum veris et spuriis, praes. *Rud. Christph.* HENNE def. *Erfordiae* 1770.

§. 406.

Wessen Procurator ist eigentlich der Syndicus?

Ein Syndicus ist nun blos Procurator der Gemeinheit, als eine moralische Person betrachtet, aber nicht Bevollmächtigter der einzelnen Mitglieder derselben [3]). So wie daher eine Gemeinheit immer dieselbe bleibt, wenn auch derselben Mitglieder sich ganz oder zum Theil verändern [4]); so hört auch das Amt eines Syndicus darum nicht auf, wenn auch die meisten Mitglieder der Gesellschaft, die denselben gewählt haben, nachher mit Tode abgegangen wären, oder dem Rechtsstreite entsagt hätten [5]). Hieraus folgt auch, daß ein Syndicus die Processe einzelner Gemeindeglieder zu führen nicht verbunden ist [6]), es wäre denn, daß sie eine solche Sache beträfen, wobey zugleich wegen der daraus entstehenden Folgen die ganze Gemeinde interessirt ist. Z. B. die Gutsherrschaft verlangt von einzelnen Bauern gewisse Frohnen, welche auch den übrigen Dorfsgenossen zur Last gereichen dürften, wenn die Gutsherrschaft den Proceß gewinnt. Hier ist es Pflicht des Syndicus, sich dieser einzelnen Mitglieder der Gemeinde anzuneh-

3) *L.* 2. *D. h. t.*

4) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.*

5) BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. X. Th. 5. Not. 2. WERNHER T. III. P. I. Observ. 2. nr. 10. LEYSER Meditat ad Pand. Specim. LIV. medit. 13. und besonders *Maur. Adolph.* ENGEL Diss. de syndicatu, et ejus valida renunciatione. *Lipsiae* 1747. §. 15. seqq.

6) Ganz recht sagt daher der POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Nr. V. not. a. *Non tenebitur singulos defendere Syndicus, si reconveniatur.*

nehmen [7]. Aus jenen Prämissen ergiebt sich endlich, daß wenn mehrere Litisconsorten, welche die Rechte einer Gemeinheit nicht haben, gesetzt auch, daß sie unter sich zu einem gemeinschaftlichen Zweck und Nutzen verbunden sind, ja sogar deswegen mit einem collectiven Namen bezeichnet werden, wie z. B. die Hüfner, die Anspänner, die Koßäthen, einen gemeinschaftlichen Anwald bestellen, dieser dennoch kein Syndicus, sondern ein bloßer Sachwalter sey [8]; welches dann die rechtliche Folge hat, daß die demselben ausgestellte Vollmacht von allen unterschrieben werden muß, und es nicht für hinreichend zu halten ist, wenn es nur etwa von dem größten Theile derselben geschehen wäre [9].

§. 407.

Von Syndiken gilt, was bey Procuratoren Rechtens ist.

Syndiken kommen übrigens in den meisten Stücken mit den Sachwaltern überein [10]; was daher in dem vorhergehenden Titel von den Sachwaltern überhaupt gesagt worden, findet auch bey Syndiken statt. Ein Syndicus muß daher, wie jeder anderer Procurator, mit einer Voll-

7) CHLADENIUS cit. Diss. §. 17. 18. et 19.

8) LEYSER Specim. LIV. medit. 1. et 2. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. X. Th. 1. Not. 3. et in Resolut. leg. obstant. comp. Lauterbach. h. t. pag. 102.

9) WINTER cit. Dissert. §. 1.

10) In dem kanonischen Rechte werden daher die Syndiken auch Procuratoren genennt. *cap. 7. X. de procurat. cap. 9. X. eod. cap. 2. X. de in int. restitut.* BOEHMER ius eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 39. §. 3. WINTER cit. Diss. §. 3.

macht versehen seyn. Diese Vollmacht wird zwar gewöhnlicher weise schriftlich ertheilt, und heißt ein Syndicat. Allein es kann doch auch, wie Leyser [11]) bemerkt hat, die Bestellung eines Syndicus durch einen stillschweigenden Auftrag geschehen; nämlich wenn jemand in Gegenwart und ohne Widerspruch, entweder der Gemeinde selbst, oder ihrer Vorsteher, in sofern diesen die Besorgung aller die Gemeinde betreffenden rechtlichen Angelegenheiten ausschließlich übertragen ist, als deren Sachwalter vor Gericht handelt. Jedoch gilt auch hier, was oben (§. 387. S. 223.) von einer solchen stillschweigenden Bevollmächtigung bey Procuratoren bemerkt worden ist. Daß auch ein Syndicus zuweilen vermöge eines vermutheten Auftrags zugelassen, und daher der Mangel eines Syndicats durch eine cautionem rati ergänzt werden könne? ist schon an einem andern Orte (§. 388. S. 234. f.) gezeigt worden. Zwar läugnen dieses mehrere Rechtsgelehrten [12]) schlechterdings, weil Ulpian [13]) lehrt, was man einer Commüne schuldig ist, sey man nicht einzelnen Mitgliedern derselben schuldig, und was im Gegentheil eine Gemeinheit schuldig ist, könne nicht von einzelnen Mitgliedern derselben gefordert werden. Es könnten daher auch die einzelnen Mitglieder einer Gemeinheit, die in einem Proceß verwickelt worden, nicht für Litisconsorten gehalten werden. Allein wenn der Proceß von der Art ist, daß

11) Specim. LIV. medit. 8.

12) SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exerc. X. §. 56. BERGER in Resolut. legg. obstant. comp. Lauterbach. Lib. III. Tit. 3. Qu. 1. nr. 3. pag. 95. LAUTERBACH Diss. de cautione rati th. 22. et in Dissert. de Syndicis §. 80. et 81. ENGEL cit. Diss. §. 6.

13) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.*

daß er das besondere Interesse jedes einzelnen Mitgliedes der Gemeinheit betrift. z. B. es wird über das Huth- und Weiderecht, oder über das Beholzigungsrecht der Gemeinheit gestritten, so kann nach der richtigern Meinung bewährter practischer Rechtsgelehrten auch ein einzelnes Mitglied Namens der Gemeinde gegen eine cautionem rati zugelassen werden [14]).

Sind mehrere Syndiken zu einerley Rechtssache bestellt worden, so gelten hier die nämlichen Grundsätze, welche in dem vorigen Titel bey den Procuratoren (§. 395.) sind vorgetragen worden. Viele Rechtsgelehrten behaupten zwar, daß die Bestellung mehrerer Syndiken jederzeit unter der Clausel: sammt und sonders zu verstehen sey, wenn auch selbige nicht ausdrücklich wäre beygefügt worden [15]). Allein daß diese Meinung, wenn sie gleich die Praxis annimmt, wenigstens in den Gesetzen nicht gegründet sey, als welche hierin zwischen Syndiken und andern Procuratoren keinen Unterschied machen [16]), ist schon von andern hinlänglich gezeigt worden [17]).

14) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 7. BERGER Oecon. Iur. pag. 714. (edit. *Winkler.*) und andere, welche von mir ad §. 388. Not. 7. S. 235. sind angeführt worden. Siehe auch WINTER cit. Diss. §. 10.

15) SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exerc. X. Th. 53. et 54. CARPZOV P. I. Decis. 26. n. 7. LAUTERBACH Diss. cit. de Syndicis Cap. II. §. 55. WERNHER Observat. for. Tom. I. Part. V. Obs. 160. ZIEGLER ad *Lancelottum* Lib. III. Tit. III. §. 7. HAHN ad *Wesenbecium* h. t. nr. 5. LUDOVICI in doctr. Pandectar. h. t. §. 5. u. a. m.

16) *Cap.* 6. *de procurat. in* 6.

17) *I. H.* BOEHMER in iure eccles. Protest. Tom. I. Lib. I. Tit. 39. §. 4. STRYK Us. mod. Pandectar. h. t. §. 12. BERGER Elect.

§. 408.

Wie ist ein Syndicus zu bestellen?

Bey der Bestellung eines Syndicus kommt es vor allen Dingen auf die besondere Verfassung einer jeden Gemeinheit an. Ist den Vorstehern derselben die Besorgung aller sie betreffenden rechtlichen Angelegenheiten ausschließlich übertragen, so können dieselben, auch ohne Zuziehung der übrigen Mitglieder, Syndiken bestellen [18])). Wenn hingegen der Syndicus von der Gemeinde selbst bestellet wird, so müssen 1) alle Mitglieder derselben, denen ein Stimmrecht zusteht, von demjenigen, welcher dazu berechtiget ist, gehörig zusammen berufen werden [19]); von diesen müssen 2) wenigstens zwey Drittheile erscheinen, und die mehresten derselben in die Wahl einwilligen [20]). Ich bemerke hierbey noch folgendes:

I) Ist

Elect. discept. for. Tit. VII. Obs. 6. nr. 4. pag. 271. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 721. und WINTER cit. Diss. §. 22.

18) *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* Parvi enim refert, ipse Ordo elegerit, an is, cui Ordo negotium dedit. BOEHMER Ius eccles. Protest. Lib. I. Tit. 39. §. 1. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 8.

19) *L.* 2. *C. de decurion.*

20) *L.* 3. *D. h. t. L.* 19. *D. ad Municipal.* Die Mehrheit der Stimmen, die zur Bestellung eines Syndicus erfordert wird, ist nach der Zahl der anwesenden Gemeindeglieder, nicht aber in Rücksicht der geringern Zahl derjenigen zu beurtheilen, welche etwa einem andern ihre Stimme gegeben haben. Wenn daher z. B. von neun Wählenden zwey dem A. drey dem B. und vier dem C. ihre Stimmen gegeben hätten, so hat zwar C. die Mehrheit der Stimmen in Rücksicht des A. und B. für sich, aber die

Wahl

I) Ist ein Mitglied der Gemeinheit übergangen, und zur Syndicatswahl nicht gebührend eingeladen worden, so ist die ohne dasselbe vorgenommene Wahl für gültig nicht zu halten, und kann mit Grunde angefochten werden, wenn zumal erhebliche Einwendungen gegen die Person und Fähigkeit des gewählten Syndicus vorgebracht werden könnten [21]).

II) Daß auch Pupillen und Minderjährige mit ihren Vormündern zur Wahl berufen werden müssen, wie unser Verfasser behaupten will, ist zwar der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten allerdings gemäß, nach welcher daher auch die Legitimation der Vormünder und Curatoren durch Beybringung ihrer Tutorien und Curatorien zuvörderst zu berichtigen ist [22]); allein es gründet sich dieses mehr auf sächsisches [23]), als auf gemeines Recht [24]).

III) Um zu berechnen, ob zwey Drittheile der Gemeindeglieder bey der Wahl gegenwärtig gewesen, ist auch der-

Wahl ist doch nicht gültig, weil nicht maior pars praesentium, wie die Gesetze erfordern, in die Wahl gewilliget hat. *Cap.* 48. 50. *et* 55. *X. de elect. Io.* ALTAMIRANUS in Commentar. ad libr. I. Quaestion. Scaevolae Tract. I. ad L. 19. D. de Municipal. §. 6. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 386.)

21) *Cap.* 28. *pr. et cap.* 34. *X. de elect.* LEYSER Specim. LIV. med. 4.

22) BOEHMER in iure Digestor. h. t. §. 5. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. II. gen. §. 29. Danz Grundſ. des gem. bürgerl. Processes §. 146.

23) CARPZOV P. I. Const. XIII. Definit. 8. n. 4. et 5.

24) *L.* 2. §. 1. *D. de reg. iur.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 17. STRYK h. t. §. 10. und Estors Anfangsgründe des gemein. u. Reichsprozesses 1. Th. §. 64.

derjenige selbst mitzuzählen, der aus der Mitte der Gemeinheit zum Syndicus gewählt worden ist [25]).

IV) Bey der Wahl eines Syndicus kann der Vater seinem Sohne, und der Sohn seinem Vater seine Stimme geben [26]), ohne daß das Verhältniß der väterlichen Gewalt hierbey in Betrachtung kommt [27]). Ob aber ein Gemeindeglied sich selbst wählen, und solches daher zum Syndicus bestellet werden könne, wenn es, mit Inbegriff seiner eigenen Stimme, die Majorität für sich hat? ist sehr streitig. Einige Rechtsgelehrten [28]) tragen kein Bedenken, dieses zu behaupten; allein die meisten sind der entgegengesetzten Meinung [29]), und diese letztere ist auch ohne Zweifel sowohl der Natur der Sache, als der Rechtsanalogie gemäßer. Die Gesetze lassen nicht nur in andern Fällen keine Selbstwahl zu [30]), sondern es würde auch in der That bey

25) *L.* 4. *D. h. t.*

26) *L.* 5. *D. h. t.*

27) *L.* 6. *pr. D. h. t.*

28) BERGER Resolut. legg. obstant. h. t. Qu. 1. pag. 103. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 1. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. c. et d.

29) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 7. NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 94. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. I. Digest. h. t. §. 2. LAUTERBACH in Diss. de Syndicis membr. I. cap. I. §. 38—40. et in colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 12. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 10. und BACH in Annotation. ad BERGERI Oecon. iur. Lib. IV. Tit. X. Th. II. Not. 1.

30) *L. ult. D. de offic. pract. L.* 5. *D. de offic. praes. L.* 4. *D. de tutor. et curator. dat.* et *tot. Tit. Cod. ne quis in sua caus. iudic.*

bey Collegien und Gemeinheiten nie eine Wahl zu Stande kommen, wenn jedes Mitglied sich selbst wählen könnte. Paulus sagt auch in der Stelle [31]), auf welche sich die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung berufen, ganz und gar nicht, daß der Gewählte selbst darum mitzuzählen sey, damit die Mehrheit der Stimmen herauskomme, sondern damit die Anzahl von zwey Drittheilen vorhanden, sey welche zur Wahl erforderlich ist; und nach dem kanonischen Rechte [32]) kann auch der Gewählte nur dadurch eine Majorität bewirken, wenn bey einer Stimmengleichheit, von denen der eine Theil ein Mitglied der Gemeinde wählte, dieses in die Wahl eingewilliget hat. Endlich

V) wenn darüber gestritten wird, ob bey der Wahl des Syndicus alles regelmäßig zugegangen, und alle Glieder der Gemeinde gehörig convocirt worden sind, so kommt es darauf an, ob die Wahl von dem Gegner der Gemeinde oder von einem Mitgliede derselben angefochten wird, im ersten Falle liegt dem Gegner, im letztern hingegen dem Syndicus oder der Gemeinde der Beweis ob [33]).

§. 409.

Kann man jemanden zur Uebernehmung des Sydicats wider seinen Willen nöthigen?

Zur Uebernehmung eines Syndicats ist zwar der Regel nach ein jeder fähig, der überhaupt Procuratur seyn, kann

31) *L.* 4. *D. h. t.*

32) *Cap.* 33. *X. de electione.*

33) LEYSER Specim. LIV. medit. 6. SCHAUMBURG Principia praxeos iudic. cap. II. gen. §. 29. Man sehe auch LAUTERBACH cit. Diss. §. 77. in fin.

kann [34]); allein niemand kann dazu wider seinen Willen gezwungen werden. Es wird daher zur Bestellung eines Syndicus die Einwilligung des dazu Gewählten allerdings erfordert [35]). Ob nun gleich mehrere Rechtsgelehrte [36]) eine Ausnahme in dem Falle machen, wenn ein Mitglied der Gemeinde zum Syndicus gewählet worden, weil billig ein Gemeindeglied auch die Gemeindelasten tragen muß, sofern es dazu tüchtig ist, und die Noth solches erfordert [37]); so ist doch unser Verfasser anderer Meinung. Soviel ist indessen richtig, daß der Syndicus nicht eben ein Mitglied der Gemeinde seyn dürfe, wenn nämlich ein Fremder ihre Geschäfte auch eben so gut besorgen kann. Dahingegen kann eine Gemeinde zur Bestellung eines Syndicus von richterlichen Amtswegen, auch sogar durch Strafbefehle, angehalten werden, ohne Unterschied, ob sie groß oder klein ist, da auch im letztern Falle die Gemeinde eine moralische Person bleibt, die nicht selbst vor Gericht zu handeln fähig ist [38]).

§. 410.

34) LAUTERBACH colleg. Pandectar. h. t. §. 23.

35) LAUTERBACH Diss. de syndicis §. 41.

36) LAUTERBACH colleg. Pand. h. t. §. 18. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. 10. Th. 3. not. 3. und LEYSER Specim. LIV. corol. 3. et Spec. LXV. medit. 1.

37) *L.* 18. §. 13. *D. de Muneribus.*

38) WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. X. observ. 481. WINTER cit. Diss. §. 6.

§. 410.

Von den Syndicis perpetuis.

Syndiken können, wie andere Procuratoren, entweder *temporarii* oder *perpetui* seyn, je nachdem ihnen die Universitas entweder blos die Besorgung einzelner Rechtsangelegenheiten, oder die Verfolgung und Vertheidigung ihrer Rechte überhaupt übertragen hat. Solche beständige Syndiken kommen besonders bey den sogenannten universitatibus ordinatis vor, die ihre eigene rechtliche Verfassung und Gerichtsbarkeit haben. Dahin gehören z. B. die academischen, und Stadtsyndiken. Diese haben ein öffentliches Amt, und nehmen zugleich an der Verwaltung der Gerichtsbarkeit Antheil. In den Reichsstädten haben sie sogar Einfluß in die gesetzgebende Gewalt [39]).

§. 411.

In wiefern bedarf ein beständiger Syndicus eine besondere Vollmacht?

Man behauptet gewöhnlich, daß die beständigen Syndiken ein mandatum cum libera hätten, wenn gleich diese Clausel dem Syndicat nicht ausdrücklich wäre einverleibt worden; sie könnten daher auch solche Geschäfte gültig verrichten, wozu sonst ein mandatum speciale erfordert wird; z. B. Namens der Gemeinheit einen Vergleich schließen. Allein mit Recht verwirft unser Verf. diese Meinung, und sie ist von mir schon an einem andern Orte [40]) ausführlich widerlegt worden.

§. 413.

39) *Io. God.* HAERLIN Diss. de syndicis vel consiliariis civitatum imperialium, praes. *God. Dan.* HOFFMANN def. *Tübingae* 1775.

40) Siehe den 1. Abschnitt dieses 5ten Bandes §. 352. S. 44.

§. 413. u. 414.

Wie ist ein Syndicat einzurichten?

Ein Syndicus legitimirt sich nun der Regel nach durch eine schriftliche Vollmacht, welche man ein Syndicat nennt. Dieses ist zwar, wie eine jede andere Vollmacht abzufassen, (§. 400.) es unterscheidet sich jedoch darin von der Vollmacht eines gemeinen Sachwalters, daß der Erben darin keine Erwähnung geschieht, weil hier nicht einzelne Personen, sondern eine ganze Korporation, welche, als solche, nicht stirbt, das Syndicat ausstellt [41]; ob es wohl zum Ueberfluß gemeiniglich geschiehet, daß der Nachkommen erwähnt wird [42]. Man will zwar auch noch darin einen Unterschied zwischen einem Syndicat und der Vollmacht eines andern Procurators setzen, daß in dem erstern eine besondere Entsagung der Rechtswohlthaten der Theilung und der Ordnung oder Vorausklage (beneficia divisionis et ordinis) erfordert werde, wenn die Gemeinheit nämlich Klägers Stelle vertritt, und der Syndicus, falls er selbst ein Mitglied der Gemeinde seyn sollte, mit der Bestellung einer Caution der Wiederklage und Unkosten wegen verschont seyn will [43]. Allein diese Meinung, wenn sie auch der Gerichtsgebrauch annimmt, ist offenbar irrig, wie schon Wernher

41) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* LEYSER Specim. LIV. medit. 13.

42) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. §. 65. Not. III.

43) BERLICH Conclus. pract. P. I. Concl. 20. nr. 37. CARPZOV P. I. Constit. 5. Def. 29. RIVINUS Enunciat. iur. Tit. 13. En. 8. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. X. Th. 1. Not. 5. Estors Anfangsgründe des gem. und R. Processes §. 63.

her [44]) sehr gründlich gezeigt hat. Denn soviel erstlich die Rechtswohlthat der Theilung anbetrift, so setzt diese bekanntermaßen eine Verbindlichkeit voraus, die mehreren Personen zugleich obliegt. Da aber eine Universitas nur als eine Person betrachtet wird, deren Verbindlichkeit nicht als eine Verbindlichkeit der einzelnen Mitglieder derselben angesehen werden kann [5]); so läßt sich eine Entsagung jener Rechtswohlthat bey einer Gemeinheit, als einer moralischen Person betrachtet, wohl, ohne Widerspruch, nicht denken. Ja sie kann um so weniger für ein Surrogat der Caution pro reconventione et expensis gehalten werden, da sie weit mehr als diese involvirt, indem dadurch an die Stelle der Verbindlichkeit, welche der Gemeinde, als einer moralischen Person, obliegt, eine obligatio in solidum der einzelnen Mitglieder gesetzt wird, welches sich dieselben wohl schwerlich möchten gefallen lassen, da gegen sie, als Individuen, keine Klage statt findet, ja selbige für eine Gemeindeschuld nicht einmal in subsidium haften dürfen [46]). Hiernächst zweytens die Wohlthat der Excussion betreffend, so setzt ja diese einen andern Hauptschuldner voraus, der vor demjenigen, welcher auf diese Wohlthat Verzicht gethan hat, den Rechten nach sonst zu belangen gewesen wäre. Allein dieser ist hier nicht vorhanden, weil der Syndicus, als solcher, er sey nun Mitglied der Gemeinheit oder ein Fremder, nie für die Proceßkosten haftet, sondern die Gemeinde, deren Rechtssache er geführt hat; und

44) Observat. for. Tom. III. P. I. Obs. 1. et 2. Man sehe auch WINTER cit. Diss. §. 21.

45) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.*

46) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 11.

und auch nur gegen diese findet eine Reconvention statt. Uebrigens aber muß das Syndicat so eingerichtet seyn, daß aus demselben die Gesetzmäßigkeit der vorgenommenen Wahl ersichtlich ist [47]). Ist nun eine Gemeinheit von der Art, daß sie ihre ordentliche Verfassung hat, vermöge welcher einigen Mitgliedern, als Vorstehern, die Direction der dieselbe betreffenden gemeinschaftlichen Geschäfte ausschließlich übertragen worden ist, welches bey Academien, Städten, und geistlichen Stiftern der Fall ist, so wird für hinlänglich gehalten, wenn das Syndicat von demjenigen, welcher einer solchen Universität vorgesetzt ist, und dieselbe dirigirt, unterschrieben, und dann das gewöhnliche öffentliche Insiegel derselben beygedruckt worden ist [48]); ja man hält auch die bloße Beydrückung des öffentlichen Siegels schon allein für hinreichend, ohne daß eine besondere Unterschrift noch erforderlich wäre [49]). Ist hingegen von andern Gemeinheiten die Rede, z. E. von Dorfgemeinden und Handwerkszünften; so muß das Syndicat nicht nur von den einwilligenden Mitgliedern unterschrieben, sondern auch, um demselben die erforderliche Glaubwürdigkeit zu verschaffen, daß nämlich bey der Bestellung des Syndicus alles regelmäßig zugegangen sey, entweder in einem dabey aufzunehmenden gerichtlichen Protocoll, oder in einer darüber

zu

47) von Cramer Wetzlarische Beyträge 1. Band 1. Th. nr. 4.

48) BERGER Oec. iur. Lib. IV. Tit. 10. Th. 3. not. 4. Knorrens Anleitung zum gerichtl. Proceß B. I. Hptst. 4. §. 11. Hofmanns teutsche Reichspraxis §. 199. Not. h.

49) BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. I. Tit. 39. §. 1. BERLICH P. I. Conclus. 14. nr. 87. LEYSER Specim. LIV. Cor. 1. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4315.

zu errichtenden Notariatsurkunde bemerkt werden, aus wieviel Mitgliedern die Gemeine bestehe; ferner wieviel von diesen Mitgliedern auf geschehene Convocation erschienen sind, und welche unter diesen in die Vollziehung des Syndicats gewilliget, welche hingegen die Vollmacht zu vollziehen Bedenken getragen haben [50]).

50) S. BOEHMER c. l. LOSSAEUS de iure universitatum P. II. Cap. I. nr. 21. sqq. Hiermit stimmt auch die allgemeine Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 3. Tit. §. 40. ff. überein.

Lib. III. Tit. V.

De negotiis gestis.

§. 415.

Begriff von einem *Negotiorum gestor.* Wenn eher kann man sich fremden Geschäften ohne Auftrag unterziehen? Edict des Prätors von der Negotiorumgestion. Grund desselben.

Von den Procuratoren und Syndiken kommen wir nun auf die negotiorum gestores, worunter diejenigen verstanden werden, welche fremde, besonders aussergerichtliche Geschäfte, ohne Auftrag des Eigenthümers besorgen [51]). In der Regel ist zwar niemand befugt, sich in die Geschäfte eines andern, ohne dessen Auftrag, zu mischen [52]). Wer dieses thut, handelt der Regel nach ungültig, und macht sich zwar dem Eigenthümer verantwortlich, dieser hingegen ist aus der unternommenen Geschäftsverwaltung des Dritten nicht verbunden [53]). Es giebt aber doch Fälle, wo es Pflicht

51) Ueber diesen Titel sind vorzüglich zu bemerken *Tob. Iac.* REINHARTH Disp. de eo, quod circa negotiorum gestionem iustum est. *Erf.* 1706. und *Car. Frid. Wilh.* SCHMIDT Diss. sistens leges quasdam potiores tituli Digestorum de negotiis gestis, praes. *Car. Christph.* HOFACKER def. *Tubingae* 1787.

52) *L.* 36. *D. de div. reg. iur.* Culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti.

53) Z. E. Wenn der Verkäufer einer Erbschaft nach dem Verkauf, ohne Auftrag des Käufers, und ohne alle Nothwendigkeit, von den Erbschaftsschuldnern Gelder erhebt, so ist er dafür

Pflicht der Freundschaft oder wenigstens der Menschenfreundlichkeit ist, sich ohne Vollmacht und Auftrag fremden Geschäften zu unterziehen. Der Fall kommt besonders bey Abwesenden vor [54]. Denn nicht selten trägt es sich zu, daß Jemand schleunig verreisen muß, und in der Meinung, daß er in kurzer Zeit zurückkommen werde, Niemandem die Verwaltung seiner Geschäfte aufträgt. Er bleibt aber, wider Vermuthen, längere Zeit aus, als Anfangs seine Absicht war, und kommt nun in die Lage, daß wenn kein Freund sich seiner Angelegenheiten annähme, ihm ein unabwendbarer Schade daraus entstehen würde [55]).

Allein

für verantwortlich, wenn er auch gleich durch Zufall um diese Gelder gekommen wäre. Man sehe die *L.* 3. *D. de hered. vel act. vendit.* welche eben so, wie die angeführte *L.* 36. *D. de R. I.* aus des POMPONII *Lib. XXVII. ad Sabinum* genommen, und daher mit derselben zu verbinden ist. S. *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad L. 36. D. de R. I. pag. 189. seq. u. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 1. Man setze ferner Titius hätte von meinem Schuldner ohne meinen Auftrag Geld erhoben, so wird mein Schuldner durch diese Bezahlung von seiner Schuld nicht frey, es wäre denn, daß ich den Vorgang genehmigte. Nur erst durch meine erfolgte Ratihabition wird zwischen mir, und dem Titius eine negotiorum gestorum obligatio begründet. *L.* 9. *C. h. t.* POTHIER Pandectae Iustinian. h. t. nr. V.

54) Daher sagt Ulpian *L.* 1. *D. h. t.* Hoc Edictum necessarium est, *quoniam magna utilitas absentium versatur*, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel [per] pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant. Man sehe über diese Stelle SCHMID cit. Diss. p. 4. u. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. nr. 1.

55) S. §. 1. *I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.* *L.* 1. *D. h. t.* *L.* 5. *pr. D. de oblig. et act.*

Allein zuweilen kann auch Jemand **gegenwärtig**, und doch nicht im Stande seyn, zur Besorgung seiner Geschäfte eine Vollmacht zu ertheilen. Man setze z. B. der Eigenthümer sey wahnsinnig [56]), oder unmündig [57]), oder gar noch ungebohren [58]). In allen solchen Fällen nun, da man die Geschäfte eines Andern, wenn auch gleich nicht immer in einem Nothfalle, aber doch wenigstens zu dessen Nutzen, und aus Freundschaft, **ohne Auftrag** übernimmt, wollen die Gesetze, daß eine eben solche Verbindlichkeit zwischen dem Eigenthümer und dem Besorger seiner Geschäfte, wie zwischen einem Machtgeber und Bevollmächtigten, Statt finden soll. Selbst der Prätor fand dieses so billig, und für das gemeine Beste so nöthig, daß er diese Verbindlichkeit in seinem Edict nochmals bestätigte, wenn gleich eigentlich die sogenannten **obligationes quasi ex contractu**, zu welchen die negotiorum gestio gehört, ihre ursprüngliche Entstehung dem römischen Civilrecht verdanken [59]). Merkwürdig ist es, wenn der Prätor in seinem Edict namentlich des Falles gedenkt, da Jemand die Geschäfte eines **Verstorbenen** besorgt hat, ehe der Erbe die Erbschaft angetreten. Si quis negotia alterius, sagt er, *sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur, fuerint gesserit:* iudicium eo nomine dabo [60]). Noch merkwürdiger aber ist es, wenn Ulpian

56) *L.* 3. §. 5. *D. h. t.*

57) *L.* 6. *pr. D. L.* 2. *C. h. t.*

58) *L.* 29. *D. h. t.*

59) *L.* 5. *pr. D. de obligat. et action. Ian. a* COSTA Praelect. ad illustrior. quosd. Titulos locaque selecta iur. civ. pag. 95. sq. und SCHMID cit. Diss. pag. 15.

60) *L.* 3. *pr. D. h. t.*

pian[61]) die besondere Erwähnung dieses Falles darum für nöthig hielt, weil man hier eigentlich nicht sagen könne, daß die Geschäfte eines Eigenthümers wären besorgt worden. Denn der ehemalige Eigenthümer sey gestorben, und der Erbe, der die Erbschaft noch nicht angetreten hat, sey auch noch nicht als Eigenthümer derselben zu betrachten. Nun könnte man zwar wohl dagegen einwenden, daß ja nach einer bekannten rechtlichen Fiction die Erbschaft, so lange sie der Erbe noch nicht angetreten hat, die Person des Erblassers vorstelle[62]) und als ein noch fortdauerndes Eigenthum des Verstorbenen angesehen werde[63]), und daß folglich durch die Besorgung erbschaftlicher Geschäfte die Erbschaft selbst eben so verpflichtet werde, wie der Verstorbene, wenn er noch lebte[64]). Man könnte auch sagen, daß derjenige, welcher sich erbschaftlichen Geschäften unterzieht, die Angelegenheiten des Erben selbst besorgt habe[65]), weil ja, wenn der Erbe nachher die Erbschaft antritt, vermöge einer rechtlichen Fiction angenommen wird, als ob er dieselbe gleich bey des Erblassers Tode angetreten hätte[66]). Allein es ließ sich hier, wo blos die natürliche Billigkeit zum Grunde einer gegenseitigen Verbindlichkeit unter den Partheyen, die keinen Contract mit einander geschlos-

61) *L.* 3. §. 6. *D. h. t.*

62) *L.* 31. §. 1. *D. de hered. instit.* *L.* 34. *D. de acquir. rer. dom.*

63) *L.* 61. *D. de acquir. rer. dom.*

64) *L.* 1. *D. de religios.*

65) *L.* 22. *D. de usurpat. et usucap.*

66) *L.* 54. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* *L.* 28. §. 4. *D. de stipul. servor.* *L.* 138. *pr. D. de Reg. iur.*

geschlossen, auch sich durch kein Delict gegenseitig verantwortlich gemacht hatten, angenommen wurde, von jenen Fictionen des Civilrechts kein Gebrauch machen [67]); und in dieser Hinsicht war hier, wo nur die Wahrheit der Sache allein in Betrachtung kommt, jene Vorsicht des Prätors gewiß nicht unnöthig [68]). Sie giebt uns zugleich einen unwiderleglichen Beweis, wie sehr diejenigen irren, welche mit unserm Verfasser den Grund der Verbindlichkeit aus der negotiorum gestione in einer fingirten Einwilligung gefunden haben wollen, da sich doch wohl gewiß bey einem Verstorbenen so wenig, als bey einem Embryo, oder Wahnsinnigen, dessen negotia gerirt worden, ein Consens fingiren läßt [69]).

§. 416—418.

Unterschied zwischen der negotiorum gestioni und dem mandato. Ist ein vermutheter Consens bey der erstern nothwendig anzunehmen?

Die negotiorum gestio wirkt nun zwar eine der Bevollmächtigung ähnliche Verbindlichkeit, sie ist aber doch von der letztern darin unterschieden, daß hier die Verbindlichkeit nicht ex consensu entsteht, wie bey dem mandato, bey welchem man aus dem übernommenen Auftrage verbindlich werden kann, wenn man auch das Geschäft nicht be-

67) Daß überhaupt die bemerkten Fictionen nicht ohne alle Einschränkung Statt finden, lehrt *L.* 61. *D. de acquir. rer. dom.* Man sehe auch FINESTRES Praelect. Cervariens. ad Tit. Dig. de acquir. vel omitt. hered. P. I. Cap. 2.

68) SCHMID cit. Diss. ad L. 3. §. 6. D. h. t. pag. 24. seq.

69) SCHMID cit. Diss. p. 22. seq.

besorgt hat [70]). Zwar giebt es bey der negotiorum gestione mehrere Fälle, wo sich die Einwilligung des Eigenthümers aus vernünftigen Gründen vermuthen läßt. Allein deswegen ist doch nicht zu behaupten, daß der vermuthliche Consens bey der negotiorum gestione nothwendig anzunehmen sey, um die Verbindlichkeit zu begründen [71]). Denn die Gesetze gedenken dieses Grundes nicht, und solchen anzunehmen, ist auch darum unnöthig, weil hier schon nach der natürlichen Billigkeit, welche die Gesetze anerkennen, eine vollkommene Verbindlichkeit entsteht. Eben deswegen kommt es auch hier nicht auf die Qualität der Personen an, zwischen welchen die Verbindlichkeit ex negotiorum gestione begründet wird, ob sie sich nämlich durch ihre Einwilligung verbindlich machen können. Denn auch ein Unmündiger wird aus einer unternommenen negotiorum gestione wenigstens in so weit verbindlich, als er dadurch sich bereichert hat [72]).

70) *L.* 6. §. 1. *D. mandati.* Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac sc. mandati actione erit conveniendus; nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco, quod mandatum susceperit: *denique tenetur, etsi non gessisset.*

71) Dieses behauptet Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 934. not. 1.

72) *L.* 3. §. 4. *D. h. t.* Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum *Divi Pii* etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior: agendo autem compensationem eius, quod gessit, patitur. Zwar will CUIACIUS Observat. Lib. XIII. cap. 7. statt pupillus, *pupilli*, lesen, und das Gesetz von dem Falle verstehen, da Jemand eines Unmündigen negotia gerirt hat. Ihm stimmen auch *Ger.* NOODT in Comment. ad Dig. h. t. (T. II. *Oper.*

§. 419.

Erfordernisse der Verbindlichkeit aus der negotiorum gestione.

Erstes bis drittes Erforderniß.

Soll jedoch eine obligatio negotiorum gestorum begründet werden, so wird dazu erfordert,

1) daß Jemand eines andern Geschäfte wirklich besorgt, und nicht blos solche zu besorgen, geglaubt habe. Wenn also Jemand in der Meinung, daß er meine Geschäfte besorge, seine eigene Angelegenheiten betrieben hätte, so entsteht hier keine Verbindlichkeit ex negotiorum gestione. Denn von einem solchen Irrthum Gebrauch zu machen, wäre unredlich [73]). Hätte hingegen der Andere in der Meinung, meine Geschäfte allein zu besorgen, zugleich auch seine Angelegenheit besorgt, so wird hier die obligatio negotiorum gestorum wenigstens in so weit begründet, als das Geschäft mich betrift [74]). Es ist jedoch nicht eben nothwendig, daß das Geschäft denjenigen unmittelbar betreffen müsse, welcher aus der Geschäftsführung ver-

* *Oper*. p. 95.) POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Nr. XXIII. not. t. und SCHMID cit. Diss. pag. 17. bey. Allein daß diese Emendation ganz unnöthig sey, haben *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. BACHOVIUS ad Prota Pandect. pag. 896. WISSENBACH Exercit. ad Pandect. Disp. XII. §. 22. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. prim. Pandect. h. t. §. 2. und HUBER in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 155. gezeigt. Man sehe auch *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iur. contr. an impubes negotiorum gestor esse possit? *Lipsiae* 1774.

73) *L*. 6. §. 4. *D. h. t.*

74) *L. cit.* §. 4. *h. t.*

verbindlich werden soll, sondern es ist genug, wenn es ihm nur daran gelegen war, daß ein Anderer dieses Geschäft besorgte. Julian[75]) hat hiervon folgenden Fall. Ich besorge die Geschäfte eines Pupillen, ohne Auftrag seines Vormundes, in einem solchen Falle, wo der Vormund für seine Nachlässigkeit verantwortlich geworden wäre, weil ihm eigentlich diese Besorgung oblag. Hier habe ich nicht blos des Pupillen, sondern auch des Vormundes negotia gerirt. Es ist mir daher auch der Vormund aus dieser negotiorum gestione verbunden, ja ich thue sogar besser, wenn ich gegen diesen klage, weil der Pupill nur in so weit haftet, als er dadurch reicher geworden, oder wenigstens eine Verminderung seines Vermögens dadurch abgewendet worden ist[76]). Zuweilen kann ein Geschäft, was Jemand als das meinige besorgt hat, wenn es gleich sonst mich eigentlich gar nichts angeht, dennoch das meinige werden, nämlich wenn ich es ratihabire[77]). Z. B. Ti-

75) *L.* 6. *pr. D. h. t.* Ohne Zweifel gehört diese *L.* 6. noch zur vorhergehenden *L.* 5. *h. t.* und ist daher nicht vom Julian, sondern vom Ulpian, welcher nur den ersten nach seiner Gewohnheit citirte, wie aus *L.* 8. §. 3. *h. t.* zu ersehen ist. Dasjenige, was die Verfasser der Pandecten zur Inscription der L. 6. gemacht haben, lautete aller Wahrscheinlichkeit bey Ulpian folgendermaßen: *ut* IULIANUS *libro* 3. *Digestorum scribit*, so wie auch Haloander und eine *editio Lugdunensis* vom Jahr 1551 lesen. S. DUCKER in not. ad Opuscula de Latinitate ICtorum vet. pag. 320. SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 2. u. SCHMID cit. Diss. pag. 58.

76) Nam et hoc ipso, *quo non est pauperior factus*, locupletior est, sagt *L.* 47. §. 1. *D. de Solution.* SCHMID in cit. Diss. ad h. Tit. pag. 59. sq.

77) *L.* 6. §. 9. *D. h. t.*

tius mahnt in meinem Namen den Sejus, in der Meinung, daß er mein Schuldner sey. Dieser bezahlt auch aus Irrthum die in Erinnerung gebrachte Summe, ohnerachtet er nichts schuldig war, und Titius nimmt das Geld für mich ein. Ich erfahre es, und genehmige die Handlung des Titius. Durch diese Ratihabition wird zwischen mir und dem Titius eine obligatio negotiorum gestorum begründet. Denn eigentlich kann man zwar nicht sagen, daß hier mein Geschäft gerirt sey, weil Sejus nicht mein Schuldner war. Allein meine Genehmigung macht, daß das Geschäft nun mich angehet. Ich kann daher mit der actione negotiorum gestorum gegen den Titius klagen, daß er das für mich in Empfang genommene Geld herausgebe, so wie ich nun auch wegen der Nichtschuld vom Sejus mit der condictione indebiti belangt werden kann. Sic ratihabitio constituet tuum negotium, sagt Julian[78]), quod ab initio tuum non erat, sed tui contemplatione gestum. Eben so ist es, wenn ich in der Meinung, daß du des Titius Erbe seyst, von einem Schuldner desselben für dich Gelder erhebe, und du solches genehmigest. Hier wirkt deine Ratihabition nicht nur, daß eine negotiorum gestorum obligatio zwischen uns entsteht, sondern es kann auch der wahre Erbe die Erbschaftsklage gegen dich anstellen[79]). Nur dann kommt die Ratihabition desjenigen, welcher aus Irrthum für den Eigenthümer des Geschäfts gehalten wurde, in keine Betrachtung, wenn der Dritte, den das Geschäft eigentlich nur allein angieng, dadurch reicher geworden ist[80]). B. Z. ich unter-

78) *L.* 6. §. 9. *cit.*

79) *L.* 6. §. 10. *D. h. t.*

80) *L.* 6. §. 11. *D. eod.*

unternahm in der Meinung, daß du des Titius Erbe seyst, zu deinem Besten die Reparatur eines zur Erbschaft gehörigen Hauses. Du genehmigest das Geschäft. Hier kann deine Ratihabition weder dem gegründeterem Rechte des wahren Erben derogiren, noch mich gegen dich zu klagen berechtigen, weil der wahre Erbe dadurch bereichert worden ist; oder wie Pedius in der angeführten L. 6. sagt: cum hoc facto meo alter sit locupletatus, et alterius re ipsa gestum negotium sit: nec possit, quod alii acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.

2) Gewöhnlich ist das Geschäft, welches der negotiorum gestor übernimmt, ein aussergerichtliches [81]). Daher kann auch eine Frauensperson negotia geriren [82]). Eben dadurch unterscheidet man einen negotiorum gestor von einem defensore, welcher ein gerichtliches Geschäft des Andern ohne Auftrag besorgt (§. 386.). Daß aber doch die negotiorum gestio nicht bloß auf aussergerichtliche Geschäfte allein einzuschränken sey, sondern dieselbe auch bey gerichtlichen Geschäften Statt finden könne, beweißt nicht nur der Grund, den Ulpian [83]) von dem besondern Nutzen des Edicts de negotiis gestis anführt, nämlich ne *indefensi* rerum possessionem, aut venditionem patiantur absentes, vel pignoris distractionem [84]), vel poe-

 nae

81) *Guil.* PROUSTEAU Recitationes ad L. 23. D. de Reg. iuris Cap. XV. §. 10. (T. III. *Thes. Meermann.* pag. 512.)

82) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

83) *L.* 1. *D. h. t.*

84) Dieses bezieht sich auf die gerichtliche Einweisung in die Güter des abwesenden Beklagten, welche auf Ansuchen des Gläu-

nae committendae actionem; sondern auch der Rechtsfall, den Papinian entscheidet, wenn er *lib.* 2. *Responsorum* [85]) sagt: Uno defendente causam communis, aquae sententia praedio datur. Sed qui sumtus necessarios probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet. Mehrere besitzen ein gemeinschaftliches Grundstück, welchem die Wasserleitungsgerechtigkeit zusteht. Es entsteht darüber ein Streit, und einer von den Besitzern vertheidiget dieses Recht ohne Beytritt der übrigen. Der Prozeß wird gewonnen [86]). Hier kann der Kostenbeytrag von den übrigen mit der actione negotiorum gestorum gefordert werden. Warum hier nicht die actio communi dividundo anzustellen seyn, ist eine Frage worüber unter den Auslegern noch gestritten wird [87]). Mir genügt

Gläubigers verhängt werden kann, wenn Niemand den Beklagten vor Gericht vertritt, und welche, wenn sie ex secundo decreto verfügt wird, den Verkauf der Güter zur Folge hat. Man sehe *L.* 5. *D. de reb. auct. iudicis possid.*

85) *L.* 31. §. 7. *D. h. t.* Man sehe auch *L.* 41. *D. h. t.*

86) Papinian sagt: Sententia praedio datur, weil hier das Prädium, so wie bey jeder dinglichen Servitut, das Subject des Rechts ist. Papinian will also soviel sagen: *iudicatur, servitutem communi praedio deberi.* S. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. III. not. b.

87) In der *L.* 19. §. 2. *D. communi divid.* wird folgender Grund angegeben: Si per eundem locum via nobis debeatur, et in eam impensa facta sit, durius ait POMPONIUS, communi dividundo vel pro socio agi posse. *Quae enim communio iuris separatim intelligi potest?* Sed negotiorum gestorum agendum. Der Grund liegt also nach der Meinung des Paulus darin, daß eine Servitut, als ein untheilbares Recht, nicht gemeinschaftlich

genügt es hier, durch dieses Beyspiel erwiesen zu haben, daß auch durch Uebernehmung gerichtlicher Geschäfte eine obligatio negotiorum gestorum eintreten könne. Daher sagt auch der Prätor ohne Unterschied: Si quis *negotia alterius* gesserit, iudicium dabo [88]).

3) Das fremde Geschäft muß ohne Auftrag besorgt worden seyn, gesetzt auch, daß der negotiorum gestor geglaubt hätte, einen Auftrag deswegen erhalten zu haben [89]). Man sagt gemeiniglich, es dürfe der Eigenthü-

lich ist, sondern jedem Gutsbesitzer ganz zusteht. Eben diesen Grund nimmt auch WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. Disp. XII. Th. 22. an. Dagegen wendet zwar *Ant.* FABER in Rational. ad L. 31. §. 7. D. h. t. ein, daß es doch ein bekannter Grundsatz sey, servitutem per partes posse retineri; *L.* 8. §. 1. *D. de Servit. L.* 30. §. 1. *D. de Servit. praed. urb.* Allein aus den angeführten Gesetzen erhellet schon von selbst, daß dieser Grund hier gar nicht anwandbar sey. POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Nr. III. not. c. glaubt indessen, daß die actio communi dividundo aus dem Grunde nicht zu verwerfen seyn würde, weil doch die Besitzer des Grundstücks, denen die Servitut zusteht, communionem praedii haben. Folglich habe derjenige, welcher das bestrittene Servitutsrecht vertheidiget hat, in dieser Hinsicht eine gemeinschaftliche Sache geführt. Allein auch hieraus folgt noch nicht, daß die actio communi dividundo Statt finde, wenn es nicht gerade auf eine Theilung des Grundstücks selbst, sondern wie hier, auf einen bloßen Beytrag zum Kostenersatz angesehen ist.

88) *L.* 3. *pr. D. h. t.*

89) *L.* 5. *D. h. t.* Si cum putavi a te mihi mandatum, negotia gessi, et hic nascitur negotiorum gestorum actio, *cessante mandati actione.* Idem est, etiam si pro te fideiussore, dum puto mihi a te mandatum esse.

thümer des Geschäfts gar nichts davon wissen, daß ein Anderer seine Geschäfte besorgt. Allein es ist nicht gegen den Begriff einer negotiorum gestionis, daß man die Geschäfte eines Abwesenden ohne Auftrag besorgt, wenn dieser es auch erfährt [90]). Denn nur in dem Falle, wenn Jemand gegenwärtig ist, und wissentlich geschehen läßt, daß ein anderer sein Geschäft besorgt, ist eine stillschweigende Bevollmächtigung nach Vorschrift der Gesetze anzunehmen [91]). Ja es kann zuweilen eine ausdrückliche Vollmacht ertheilt seyn, und doch nur aus einer negotiorum gestione geklagt werden, nämlich wenn die Umstände so geeigenschaftet sind, daß die actio mandati nicht

90) PROUSTEAU in Recitationib. ad L. 23. D. de Reg. iuris. Cap. XV. §. 5. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 512.) sagt daher ganz richtig: Quodsi resciverit absens, ab alio negotia sua geri, per hanc rescientiam solam non videtur induci mandatum. Es erhellet dieses insonderheit aus der *L.* 41. *D. h.* t. wo zur negotiorum gestione erfordert wird, daß das Geschäft ignorante vel absente domino übernommen worden sey. Hierauf zielt auch Cajus, wenn er *L.* 2. *D. h. t.* sagt: Si quis absentis negotia gesserit, *licet ignorantis*, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit, habeat eo nomine actionem. Denn der Sinn dieser Worte ist wohl unstreitig der, daß es bey Abwesenden nicht darauf ankomme, ob sie Wissenschaft davon gehabt haben, daß ein Anderer ihre Geschäfte besorgt habe, oder nicht, indem in dem einen Falle so gut, wie in dem andern, die actio negotiorum gestorum contraria gegründet sey, wenn der negotiorum gestor zum Besten des Eigenthümers Kosten verwendet hat. S. SCHMID cit Diss. pag. 10. sq. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. VI. §. 5. u. MADIHN ad *Menckenii* doctr. de actionibus not. 1017. pag. 323.

91) *L.* 6. §. 2. *L.* 18. *et* 53. *D. mandati. L.* 6. *Cod. eodem.*

nicht Statt findet, und folglich die Bevollmächtigung für so gut, als nicht geschehen, zu halten ist. Paulus[92]) giebt hiervon folgendes Beyspiel. Ich besitze einen freyen Menschen bona fide als Sklaven, und gebe diesem den Auftrag, ein Geschäft für mich zu verrichten. Hier findet die actio mandati nicht statt. Warum? quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sagt Paulus, sed quasi ex necessitate servili. Ich muß also actione negotiorum gestorum gegen ihn klagen, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem, et is fuit, quem obligare possem. Hierher gehört ferner, wenn mir ein Pupill ohne Auctorität seines Vormundes ein Geschäft aufträgt, denn da hier die Bevollmächtigung nichtig ist, so tritt, der Billigkeit wegen, wenigstens eine obligatio negotiorum gestorum ein[93]). Noch einen andern merkwürdigen Fall erzählt Ulpian[94]). Eine Mutter ertheilt mir und dem Titius den Auftrag, für den defensor ihres abwesenden Sohnes Bürgschaft zu leisten. Der Gegner ihres Sohnes weiß jedoch von diesem Auftrage nichts. Hier sind wir beyde aus unserer Bürgschaft rechtlich verbunden. Denn wollten wir die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses vorschützen, so würde sich der Gegner mit der replica

92) *L.* 19. §. 2. *D. h. t.*

93) *L.* 14. §. 15. *D. de religios.*

94) *L.* 7. *et* 8. *D. ad SCtum Vellejan.* Mehrere Beyspiele enthalten *L.* 6. §. 5. *L.* 32. *L.* 36. *D. h. t.* woraus erhellet, daß die Gesetze die actionem negotiorum gestorum gleichsam als eine Stellvertreterin der actionis mandati in den Fällen billigen, wo die letztere nach dem strengen Recht nicht Statt finden kann. S. *Io.* *D'*Avezan Libro contractuum alt. Tract. IV. §. *Quid*

replica doli helfen können. Allein wir können auch nicht einmahl actione mandati gegen die Mutter klagen, um uns schadlos zu halten, weil der von ihr ertheilte Auftrag zur Uebernehmung der Bürgschaft wegen des Vellejanischen Senatusconsultums in Ansehung ihrer ohne Wirkung ist. Der Billigkeit wegen verstatten indessen die Gesetze wenigstens die negotiorum gestorum actionem wider den Defensor, weil doch dieser durch unsere Bürgschaft von seiner Verbindlichkeit befreyet worden ist. Zuweilen kann auch die obligatio mandati und negotiorum gestorum bey einerley Geschäft concurriren. Dieses geschieht, wenn mir Jemand, welcher der Eigenthümer nicht ist, ein fremdes Geschäft zu besorgen, aufgetragen hat [95]). Hier entsteht zwischen mir, und demjenigen, der mir den Auftrag ertheilt hat, die obligatio mandati, auf Seiten des Eigenthümers hingegen, dessen Geschäfte besorgt worden sind, die obligatio negotiorum gestorum. Z. B. ein Ehemann giebt mir den Auftrag zur Besorgung eines Geschäfts, welches die Güter der Ehefrau betrift. Hier hat zwischen mir und dem Ehemann die actio mandati, zwischen mir und der Ehefrau aber, deren Geschäft ich besorgt habe, die actio negotiorum gestorum Statt [96]). Daß jedoch in einem solchen Falle der Eigenthümer auch gegen den Mandantem selbst mit der actione negotiorum gestorum klagen könne, wenn ihn etwa der negotiorum gestor nicht hinlänglich entschädiget haben sollte, ist ausser Zweifel, weil derjenige,

§. *Quid si quis.* (T. IV. *Thes. Meermann.* p. 111.) und PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XV. §. 11. (T. III. *Thes. Meerm.* pag. 512.)

95) *L.* 3. §. *fin.* *L.* 4. *D. h. t.*

96) *L.* 14. *Cod. h. t.*

nige, der einem Dritten die Besorgung eines fremden Geschäfts aufträgt, dem Eigenthümer billig für allen Schaden haften muß, der durch die Nachlässigkeit des mandatarii verursacht worden ist [97]). Dahingegen wäre es offenbar widersprechend, mit Cujaz [98]) zu behaupten, daß die actio mandati und negotiorum gestorum zwischen denselben Personen electivisch concurriren könnte, wenn ihm gleich Huber [99]) und Westenberg [100]) hierin beypflichten. Die Frage kann entstehen, wenn der Eigenthümer das Geschäft ratihabirt, welches Jemand ohne seinen Auftrag unternommen hat. Es sind hier zwey Fälle möglich. Die Ratihabition des Eigenthümers erfolgte entweder, ehe noch das Geschäft vollendet war, oder das Geschäft war schon ganz zu Ende gebracht, als der Eigenthümer solches genehmigte. In dem erstern Falle legt unser Verfasser (§. 419.) der erfolgten Genehmigung eben die Wirkung bey, als wenn gleich Anfangs zur Besorgung des Geschäfts ein Auftrag wäre ertheilet worden. In dem letztern Falle hingegen behauptet er, daß die einmahl begründete obligatio negotiorum gestorum durch die von Seiten des Eigenthümers erfolgte Ratihabition nicht geändert, und folglich dadurch keineswegs in ein mandatum verwandelt werde. Diese Meinung wird von mehreren Rechtsgelehrten [1]) behauptet, und hat auch, so viel wenigstens

97) *L.* 21. §. *ult.* *L.* 28. *D. h. t.* SCHMID cit. Diss. pag. 50. sq. not. z.

98) Praelect. in Tit. D. de div. Regulis iur. ad L. 60. h. t.

99) Praelect. ad Pandect. h. t. §. 5.

100) Princip. juris sec. ord. Digestor. h. t. §. 22.

1) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 6. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora Exerc. V. §. 6. pag. 120.

stens den letztern Fall betrift, den Beyfall der Gesetze für sich [2]). Denn wenn man gleich derselben die Stelle aus Ulpians libro 10. Disputationum [3]) entgegensetzt, wo er sagt: Si quis *ratum habuerit*, quod gestum est, obstringitur *mandati actione*; so ist doch schon von andern Rechtsgelehrten [4]) dagegen erinnert worden, daß Ulpian von einem solchen Falle rede, wo durch die Ratihabition das mandatum seine Bestätigung oder Perfection erhält. Dahin gehört z. B. wenn der Procurator etwas thut, was nicht unmittelbar zu seinem Auftrag gehörte, allein der Mandans genehmiget es dennoch, oder der Procuratur handelte blos vermöge eines vermutheten Auftrags, und es erfolgt von Seiten des Principals die Ratihabition, diese wird alsdann einem mandato vero gleichgeachtet [5]). Allein in Absicht auf

120. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 10. Höpfner in Commentar über die Institutionen §. 925. nr. 1. u. a. m.

2) *L.* 9. *D. h. t.* wo gesagt wird: quod actio negotiorum gestorum, cum semet coeperit, nuda voluntate haud tollatur. Daß die Genehmigung die negotiorum gestionem in kein mandatum verwandele, sagen auch ganz entscheidend *L.* 9. *et* 19. *Cod. h. t. L.* 3. *C. de rei vindicat.* und *L.* 3. *C. de contrah. vel committ. stipulat.*

3) *L.* 60. *D. de Reg. iuris.*

4) S. *Io. van der* LINDEN ad *Voetium* (*Trajecti ad Rhen.* 1793.) h. t. pag. 77. und *Iul. a* BEYMA Commentar. in Tit. de Verbor. significat. et de div. Reg. iuris ad L. 60. cit. pag. 323.

5) Vergleicht man die *L.* 60. *cit.* mit der *L.* 1. *D. de administr. rer. ad civitat. pertinent.* und *L.* 30. *D. de condict. indeb.* verbunden mit der *L.* 2. §. 4. *D. de adm. rer. ad civit. pert.* welche alle aus eben dem *libro* 10. *Disputationum* ULPIANI genommen sind; so scheint hier ein solcher Fall zum Grunde zu

auf den ersten Fall, wenn nämlich die Genehmigung des Eigenthümers **während der Geschäftsführung** erfolgt, sind die Rechtsgelehrten nicht einverstanden, welche Wirkung hier der Ratihabition des Eigenthümers beyzulegen sey. Unser Verfasser, der selbiger die Wirkung einer gleich Anfangs geschehenen Bevollmächtigung zuschreibt, beruft sich mit denjenigen, welche gleicher Meinung sind, auf die *L.* 60. *D. de Reg. iur.* und glaubt, daß solche von dem Falle zu verstehen sey, da die Genehmigung des Eigenthümers **negotio nondum perfecto** erfolgt [6]). Dagegen ist nun aber

zu liegen, da Jemand, der nicht Syndicus ist, die Geschäfte einer Gemeinheit vermöge eines stillschweigenden oder präsumtiven Auftrags des Syndikus besorgt hat, dessen Handlungen nachher von dem letztern genehmiget worden sind. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. in Tit. Pandect. de divers. Regulis iuris ad L. 60. cit. pag. 255. Ist dieses richtig, so läßt sich die Erklärung des *Greg.* LOPEZ MADERA Animadversion. iuris civ. libr. sing. (*Coloniae Agripp.* 1694.) Cap. 31. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 493.) nicht annehmen, welcher den Fall der L. 9. *C. h. t.* zum Grunde legt, und die L. 60. *D. de Reg. iur.* von der actione mandati contraria erklärt, welche der Schuldner in dem Falle, da ein Dritter die schuldige Summe Namens des Gläubigers ohne Auftrag erhoben hat, gegen den Gläubiger, von dem nachher diese Handlung genehmiget worden ist, dahin anstellen kann, ut et ne repetat, et liberationem praestet. Denn wozu diese Klage? da der Schuldner gegen die Ansprüche des Gläubigers durch die Einrede der Ratihabition auf immer gedeckt ist. Quomodo enim reprobare potest creditor, semel probatum? wie **Scävola** sagt L. 9. *D. h. t.*

6) Eben so HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 3036. not. m. pag. 368.

aber freylich von andern [7]) nicht ohne Grund erinnert worden, daß bey jedem Geschäft in Absicht auf die daraus entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten auf dessen Anfang zu sehen sey [8]). Es kann auch der Unterschied, den Hubert Giphanius [9]) macht, ob nämlich der Eigenthümer gegenwärtig, oder abwesend sey, zur Entscheidung der Sache nichts beytragen. Denn der Grund, daß sich inter praesentes ein mandatum eher fingiren lasse, als inter absentes, scheint mir nicht hinreichend zu seyn, um einzusehen, warum die Ratihabition gerade in dem ersten Falle die actionem mandati begründen, in dem letztern aber die actio negotiorum gestorum Statt finden solle, dessen nicht zu gedenken, daß überhaupt bey einer erfolgten Ratihabition von einem mandato ficto wohl nicht die Frage seyn könne. Richtiger ist daher die Meinung, welche Voet [10]), Janus *a* COSTA [11]), und Johann D'Avezan [12]) behaupten, daß man bey einer erfolgten Ratihabition des Eigenthümers darauf zu sehen habe, in welcher Absicht diese Genehmigung geschehen sey. Hat

7) EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. h. t. Qu. 6. not. I.

8) L. 8. *pr.* L. 20. §. 1. *D. mandati.* L. 20. *C. famil. ercisc.*

9) Tract. de diversis Regulis iuris (*Argentor.* 1607. 8.) Lib. I. Membr. II. Cap. 12. pag. 130. und Desselben Explanat. difficiliorum et celebrior. Legum Codicis Iustin. (*Colon. Plancian.* 1614. 4.) ad L. 3. Cod. de contrah. et committ. stipulat. pag. 415. Dem Giphanius stimmen auch *Ant.* SCHULTING Enarrat. P. I. Dig. h. t. §. 5. und SCHMID in Diss. ad h. Tit. pag. 91. bey.

10) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 14.

11) Praelection. ad illustrior. quosdam Titulos Locaque select. iur. civ. pag. 96.

12) Contractuum lib. II. Tract. IV. §. 3. (in *Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 112.)

Hat nämlich der Eigenthümer, nachdem er die von dem Dritten unternommene, allein noch nicht vollendete, Geschäftsführung erfahren, seine Meinung darüber auf eine solche Art geäussert, daß sich an der Ertheilung eines Auftrags nicht zweifeln läßt, so würde eine solche Ratihabition die actionem mandati unstreitig begründen; dahingegen, wenn es an dieser Absicht fehlen sollte, die durch die ohne Auftrag unternommene Besorgung fremder Geschäfte einmal begründete obligatio negotiorum gestorum, durch die erfolgte Ratihabition des Eigenthümers, keineswegs in ein mandatum verwandelt wird, daher in diesem Falle die actio negotiorum gestorum anzustellen ist. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so erhellet doch aus Allem so viel, daß wegen der nämlichen Geschäftsführung keine elective Concurrenz der actionis mandati und negotiorum gestorum unter denselbigen Personen statt finden könne, wie auch D'Avezan [13]) und Gipkanius [14]) gegen die Meinung des Cujaz erinnert haben. Ich bemerke nur noch dieses, daß wenn der Eigenthümer zwar Jemandem zur Uebernehmung eines Geschäfts den Auftrag gegeben, dieser aber das Geschäft nicht selbst besorgt hat, sondern durch einen Dritten hat verrichten lassen, zwischen diesem und dem Herrn des Geschäfts keine obligatio mandati, sondern die obligatio negotiorum gestorum vorhanden sey. Afrikanus [15]) hat hiervon folgenden Fall. Ich gebe dem Titius den Auftrag, daß er für mich eine Bürgschaft übernehme, dieser substituirt nachher, ohne mein Wissen, den Cajus, welcher nun für mich

13) a. a. O.

14) Explanat. ad L. 3. C. de contrah. et committ. stipulat. p. 415.

15) *L.* 46. §. 1. *D. h. t.*

Bürge wird. Hier kommt dem letztern gegen mich nicht die actio mandati, sondern die actio negotiorum gestorum zu.

§. 420.

Viertes Erforderniß.

Zur Begründung einer obligationis negotiorum gestorum wird ferner 4) erfordert, daß man die Geschäfte des Andern nicht wider den Willen desselben, und gegen dessen ausdrückliches Verbot übernommen habe. Denn wer dieses thut, muß nicht nur dem Eigenthümer allen Schaden ersetzen, insofern derselbe ohne seine Einmischung nicht entstanden seyn würde; sondern er bekommt auch nichts dafür ersetzt, was er gleichwohl zum Nutzen des Eigenthümers verwendet hat[16]). Dieses drückt die Regel aus: *inviti*, oder, wie Hellfeld sagt, *contradicentis negotia non geruntur.* Unter den alten römischen Juristen, Proculus und Julian, war zwar darüber ein Streit, ob derjenige, welcher sich den Geschäften eines Andern gegen dessen Verbot unterzogen, und diese auch nützlich besorgt hat, seine gehabten Auslagen nicht wenigstens mittelst einer actionis negotiorum gestorum utilis einklagen könnte[17])? Proculus behauptete, daß nach der Billigkeit dem Geschäftsführer auch in diesem Falle die Klage wegen des Kostenersatzes nicht abzusprechen sey. Denn wollte ihm der Eigenthümer die Einrede des geschehenen Verbots entgegen setzen, so könnte er sich dagegen mit der replicatione doli mali schützen, weil es unbillig sey, sich

16) *L.* 40. *D. mandati.* *L.* 8. §. 3. *D. h. t.*

17) S. *Gottfr.* MASCOVII Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianorum. Cap. IX. Sect. V. §. 2. pag. 164. sqq. und besonders *Em.* MERILLII Exposition. in quinquaginta Decision. Iustiniani Cap. 33.

sich mit dem Schaden eines Andern bereichern zu wollen [18]). Julian hingegen läugnete schlechterdings, daß in dem bemerkten Falle gegen den Eigenthümer die actio negotiorum gestorum contraria Statt finde, man möge sie nun directam oder utilem nennen [19]); ohne Zweifel aus dem Grunde, weil derjenige, welcher sich, des Verbots des Eigenthümers ungeachtet, in dessen Angelegenheiten gemischt, und dieser wegen Kosten aufgewendet hat, nicht die Absicht gehabt haben könnte, sich denselben verbindlich zu machen; man müsse also hier annehmen, daß er ihm seine Kosten und Auslagen habe schenken wollen. In dieser Hinsicht lasse sich auch nicht mit Grund behaupten, daß sich der Eigenthümer zum Schaden des Geschäftsführers auf eine unbillige Art bereichere. Der Meinung Julians gaben auch Pomponius und Paulus Beifall [20]). Justinian hat jedoch diese Streitfrage in einer von seinen funfzig Decisionen [21]),

 und

18) *L.* 17. §. 1. *D. de instit. act.* sagt Proculus: videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram.

19) Julians Meinung führt Justinian an *L. ult. Cod. h. t.*

20) *L.* 40. *D. mandati.* Si pro te praesente et vetante fideiusserim, sagt Paulus, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est. Sed quidam *utilem* putant dari oportere: quibus non consentio; secundum quod et POMPONIO videtur.

21. *L. ult. Cod. h. t.* Si quis nolente, et specialiter prohibente domino rerum, administrationi earum se se immiscuit; apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestorum habeat aliquam adversus dominum actionem: quam quibusdam pollicentibus directam, vel utilem, aliis negantibus, (in quibus et *Salvius Iulianus* fuit) hoc decidentes sancimus, si contradixerit dominus, et eum res suas administrare prohibuerit, secundum *Iuliani* sententiam nullam

und zwar nach Julians Meinung, entschieden, und nur die nähere Bestimmung beygefügt, daß wenn der Geschäftsführer schon vorher Kosten aufgewendet hätte, ehe er von dem Verbot des Eigenthümers Nachricht erhielt, diese ihm ersetzt werden müßten, insofern sie für den Eigenthümer nützlich wären. Sodann müsse auch der Eigenthümer seinen Widerspruch ausdrücklich, entweder schriftlich oder mündlich, jedoch in Gegenwart einiger Personen, zu erkennen gegeben haben. Ist dieses geschehen, und der Geschäftsführer fährt dennoch fort, so kann er von der Zeit an keinen weitern Kostenersatz verlangen, wenn er auch das Geschäft noch so nützlich besorgt hätte [22]). Uebrigens wird hier freylich, wie auch

lam esse adversus eum vel directam vel utilem contrariam actionem: scilicet post denunciationem, quam ei dominus transmiserit, non concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint. Quid deinde si dominus aspexerit, ab administratore multas expensas utiliter factas, et tunc dolosa adsimulatione habita, eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? quod nullo modo patimur, sed ex quo ea testatio ad eum facta est vel in scriptis, vel sine scriptis, sub testificatione aliarum tamen personarum; ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei competere actionem. Super anterioribus autem (si utiliter factae sunt) habere eum actionem contra dominum concedimus, sua natura currentem.

22) Der kategorischen Entscheidung Justinians in der *L. ult. C. cit.* ungeachtet, glauben dennoch verschiedene Rechtsgelehrten, daß es der Billigkeit und Rechtsanalogie gemäßer sey, nach der Meinung des Proculus zu sprechen. Diese Meinung hegte zuerst der wegen seiner gar zu billigen Denkungsart bekannte Martinus Gosias, dem nachher mehrere beygetreten sind, unter denen ich einen Voet in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 11. ungern nenne. Allein der Grund, daß es

auch unser Verfasser bemerkt hat, immer vorausgesetzt, daß derjenige, welcher mir die Verwaltung seiner Geschäfte untersagt hat, sowohl die physische als moralische Fähigkeit, einen solchen Widerspruch einzulegen, haben müsse. Wenn also die Person, die das Geschäft angeht, gar nicht einmal im Stande war, zu dissentiren, wenn man sie auch um ihren Consens gefragt hätte, und doch die Besorgung des Geschäfts für sie nothwendig oder nützlich ist, so kann ein solcher Widerspruch die Entstehung der obligationis negotiorum gestorum nicht hindern. Dieser Fall kann vorkom-

es doch unbillig sey, sich mit eines andern Schaden zu bereichern, ist schon oben beantwortet worden; nicht zu gedenken, daß diese Regel der Billigkeit überhaupt mehrere Ausnahmen leidet, welche *Pet. Franc.* LINGLOIS in Quinquaginta Decision. Iustiniani Decis. I. Qu. 1. anführt. Und wenn ein malae fidei possessor den Kostenaufwand in Abrechnung bringen kann, welchen er wissentlich zur Verbesserung der sich angemaßten fremden Sache gemacht hat; *L.* 38. *D. de hered. petit.* so folgt hieraus noch nicht, daß dem negotiorum gestori, der gegen das Verbot des Eigenthümers gehandelt hat, ebenfalls eine Entschädigungsklage zustehen müsse. Denn der Prädo hatte bey seinem Kostenaufwande nicht die Absicht, ein fremdes Geschäft zu geriren, folglich läßt sich hier nicht so, wie bey dem negotiorum gestore in dem bemerkten Falle, eine Freygebigkeit (animus donandi) vermuthen, wie MERILLIUS in Exposit. in L. Decis. Iustin. cap. 33. in fin. sehr gründlich gegen Martins Meinung erinnert hat. Es ist überdem sehr merkwürdig, daß eben der Paulus, welcher in der *L.* 40. *D. mandati* dem negotiorum gestori die Klage in dem bemerkten Falle gegen den Eigenthümer rund abspricht, in der angef. *L.* 38 *D. de hered. petit.* selbst den Grund anführt, quod non debeat petitor ex aliena iactura lucrum facere. Ein Widerspruch läßt sich aber ohne Grund nicht annehmen. S. SCHMID cit. Diss. pag. 111.

men, wenn man die Geschäfte eines Kindes, oder eines Rasenden, oder eines höchst Betrunkenen zu dessen Besten besorgt. Hier kommt der Widerspruch einer solchen Person in keine Betrachtung, sondern es ist eine wahre negotiorum gestio vorhanden, und der Eigenthümer, seines Widerspruchs ungeachtet, zur Entschädigung verpflichtet, weil er die physische Fähigkeit zu dissentiren nicht hatte. Eben dieses findet Statt, wenn der Widerspruch des Eigenthümers gesetzwidrig oder gar boshaft ist, weil die Besorgung des Geschäfts eine solche Verbindlichkeit betrift, deren Erfüllung ihm nach den Gesetzen oblag. Dahin gehört, wenn Jemand gegen das Verbot des Eigenthümers eine nöthige Reparatur in desselben Hause unternimmt, um eine Gefahr abzuwenden, welche von dem Einsturz des Gebäudes zu besorgen war [23]); oder wenn Jemand sich gegen das Verbot des Erben der Beerdigung seines Erblassers unterzieht, weil der Erbe dazu keine Anstalt machte. In beyden Fällen ist die Verbindlichkeit zur Entschädigung, des eingelegten Widerspruchs ungeachtet, gesetzlich begründet [24]).

§. 421.

Fünftes, sechstes und siebentes Erforderniß der Verbindlichkeit aus der negotiorum gestione.

Ein fünftes Erforderniß bey der negotiorum gestione ist, daß man nicht aus Gewinnsucht, und bloß um seines eigenen Vortheils willen, sich eigenmächtig in fremde Geschäfte eingemischt habe. Zwar ist

23) Nam interest reipublicae, ne urbs ruinis deformetur. *L.* 2. §. 17. *L. ult. D. Ne quid in loco publico.*

24) *L.* 14. §. 13. *D. de religios.* LINGLOIS cit. loc. Qu. 2.

ist auch ein solcher negotiorum gestor, und zwar noch mehr, als ein anderer, zur Verantwortung verpflichtet, weil es in Ansehung der Klage, die dem Eigenthümer deshalb zusteht, nicht auf die Absicht des negotiorum gestoris, sondern nur darauf ankommt, daß Jemand die Geschäfte desselben übernommen hat. Allein die Klage, die sonst auch der negotiorum gestor wegen seiner Entschädigung gegen den Eigenthümer anstellen kann, wenn gleich der Nutzen durch Zufall wieder verlohren gegangen ist, fällt hier weg. Nur insofern der Eigenthümer durch eine solche Geschäftsführung wirklich bereichert worden ist, gestatten die Gesetze dem negotiorum gestori der Billigkeit wegen, welche überhaupt in dieser Lehre gleichsam den ersten und Hauptgrundsatz ausmacht, eine Klage [25]) welche Cujaz [26]) für eine condictionem indebiti, Jensius [27]) für die actionem de in rem verso, Schmidt [28]) für eine actionem in factum, die meisten Rechtsgelehrten [29]) aber, der Natur der Sache

 gemä-

25) *L.* 6. §. 3. *D. h. t.* Sed et si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed *sui lucri causa:* LABEO scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse: qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit: *non in id, quod ei abest*, quia improbe ad negotia mea accessit; sed in id, *quod ego locupletior factus sum*, habet contra me actionem.

26) ad *Africanum* Tract. VIII. ad L. ult. D. h. t.

27) Strictur. ad Rom. iuris Pandectas et Codicem pag. 13.

28) Theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen IV. Band §. 1079. ad 4)

29) VOET Comm. ad Pandect. h. t. §. 9. *Desid.* HERALDUS de rerum iudicatar. auctoritate Lib. II. cap. 23. §. 5. (Tom. II. *Thes.*

gemäßer, für die actionem negotiorum gestorum contrariam halten, welche nun aber hier freylich zur Strafe des Eigennutzes sehr beschränkt ist. Gerhard Noodt[30]) will zwar auch nicht einmal in dem Falle, den das Gesetz ausnimmt, dem negotiorum gestori eine Klage gestatten, sondern glaubt, daß derselbe sich nach der Rechtsanalogie nur einer Retention oder Compensation bedienen könne, weil in andern Gesetzen auch nicht einmal einem bonae fidei possessori, wenn er auf die fremde Sache Kosten verwendet hat, dieserwegen eine Klage, sondern eine bloße Exception gestattet werde[31]); man müsse also in dem angeführten Gesetz statt: habet contra me actionem, vielmehr habet contra me *exceptionem* lesen. Allein daß diese Emendation ganz unnöthig sey, und daß durch dieselbe, gegen die billige Absicht des Gesetzes, bald die Lage des *negotiorum gestoris*, wenn zufälliger Weise der Eigenthümer nichts mehr an ihm zu fordern haben sollte, um demselben die exceptionem compensationis entgegen setzen zu können, bald hingegen die Lage des Eigenthümers verschlimmert werden würde, wenn nämlich die vorgeschützte Einrede des Geschäftsführers z. B. wegen

Thes. I. R. Ottonian. pag. 1270.) *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad lib. III. Pand. h. t. pag. 157. §. 4. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora Exercit. V. §. 5. und SCHMID cit. Diss. ad h. Tit. pag. 66. sqq.

30) Probabil. Lib. III. cap. 9.

31) *L.* 48. *D. de rei vindic.* *L.* 33. *D. de condict. indeb.* Allein hier ist von keiner negotiorum gestione die Rede. Es hat auch die Vindicationsklage ihrer Natur nach keine solche *actionem contrariam* zur Folge, wie die actio negotiorum gestorum directa. Es läßt sich folglich von dem Einem auf das Andere hier kein Schluß machen.

wegen der Schätzung der Meliorationen auf einer weitaussehenden Erörterung beruhen sollte, haben Jensius [32]), Voet [33]), und besonders Wächtler [34]) gegen Noodt hinlänglich dargethan.

Auf Seiten des Geschäftsführers wird ferner 6) erfordert, daß er die Absicht gehabt, sich den Herrn des Geschäfts verbindlich zu machen, oder doch wenigstens nicht in der Absicht, ihm seine Kosten und Auslagen zu schenken, die Geschäfte desselben übernommen habe. Zwar ist der animus obligandi keinesweges dazu erforderlich, um den Geschäftsführer zu verpflichten [35]). Denn dieser ist aus der negotiorum gestione allemal verbindlich, seine Absicht mag gewesen seyn, welche sie wolle [36]); weil die Intention des Geschäftsführers das Recht des Eigenthümers nicht ändern noch vermindern kann [37]). Allein wenn von der Verbindlichkeit des Geschäftsherrn zur Entschädigung des negotiorum gestoris die Frage ist, so hat die demselben dieserwegen zustehende Klage nach der Subtilität des römischen Rechts eigentlich nur denn Statt, wenn dieser die Absicht gehabt hat, den Herrn des Geschäfts

32) a. a. O.

33) a. a. O.

34) Notae ad *Noodtii* Probabil. iur. civ. cap. 9. Libri III. (in *Opuscul.* pag. 324. seqq.)

35) *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 937. Not. 5.

36) *L.* 6. §. 3. *D. h. t.*

37) SCHMID cit. Diss. pag. 65. sqq.

schäfts verbindlich zu machen [38]). Sie fällt also der Regel nach weg, wenn ich zwar wirklich ein fremdes Geschäft verrichtet habe, aber doch solches nicht gewußt, sondern vielmehr geglaubt habe, meine eigene Angelegenheiten zu besorgen. In solchem Falle kann man sich entweder nur einer Retention bedienen, oder man kann dasjenige, was man in der Meinung, seine eigene Verbindlichkeit zu erfüllen, für einen Andern wider sein Wissen und Willen bezahlt hat, von dem Empfänger als eine Nichtschuld zurückfordern, weil der wahre Schuldner durch eine solche aus Irrthum geschehene Zahlung von seiner Verbindlichkeit nach dem strengen Rechte nicht befreyet worden ist [39]). Z. B. es glaubt Jemand Erbe zu seyn, und bezahlt eine Erbschaftsschuld, so kann er zwar bey der Restitution der Erbschaft das Bezahlte in Abrechnung bringen [40]); allein ist die Erbschaft einmal abgeliefert, so kommt ihm gegen den Erben keine actio negotiorum gestorum zu, sondern er kann nur mit der condictione indebiti das Gezahlte von dem Gläubiger zurückfordern [41]). Da jedoch das Gesetz der Billigkeit, welches hier bey der negotiorum gestione, wie bereits oben bemerkt worden ist, den Hauptentscheidungsgrund ausmacht, nicht erlaubt, sich mit dem Schaden eines Andern zu berei-

chern

38) *L.* 14. §. 1. *L.* 29. *D. communi divid.* *L.* 14. §. 11. *D. de religios.* *L.* 33. *in fin.* *D. de condict. indeb.*

39) *L.* 19. §. 1. *D. de condict. indeb.* *L.* 38. §. 2. *D. de Solution.*

40) *L.* 5. *Cod. de heredit. petit.*

41) CUJACIUS ad *Africanum* Tract. VII. ad L. 38. §. 2. D. de Solut. et Tract. VIII. ad L. ult. D. h. t. VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 13. und de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5.

chern, so gestatten die Gesetze [42]) in dem Falle, da ein Dritter, wenn gleich wider mein Wissen und Willen durch das von mir übernommene Geschäft von einer Verbindlichkeit befreyet worden ist, welche ihm den Rechten nach zu erfüllen oblag, in Ermangelung eines andern Rechtsmittels, billig die actionem negotiorum gestorum utilem gegen denjenigen, dessen Nutzen dadurch wirklich befördert worden ist. Wenn ich also z. B. in der Meinung, daß ich des Titius Erbe geworden sey, Vermächtnisse auszahle, so kann ich nachher, wenn ich die Erbschaft dem wahren Erben habe abtreten müssen, die geleisteten Zahlungen mit der actione negotiorum gestorum utili ersetzt verlangen. Denn ich habe ihn doch durch diese Zahlungen von einer Verbindlichkeit befreyet, welche ihm selbst obgelegen hätte [43]). Dieses hat nun auch nach dem heutigen Gerichtsgebrauche nicht den mindesten Zweifel, als welcher nach dem Zeugniß der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten [44]) die actionem negotiorum

42) *L.* 14. §. 11. *D. de religios. L.* 32. *pr. D. eodem. L.* 50. §. 1. *D. de heredit. petit.* und besonders *L. ult. D. h. t.* wo es heißt: Si rem, quam servus venditus surripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit: de pretio *negotiorum gestorum actio* mihi danda; sicut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses. Sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem ea solutione liberaret.

43) *L. ult. D. h. t.*

44) de COCCEJI c. l. LAUTERBACH Colleg. Theor. pr. Pandect. h. t. §. 9. REINHARTH Diss. de eo, quod circa negot. gest. iustum est. §. 18. L. B. *a* WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. X. Obs. 262. Struben rechtliche Bedenken 3. Theil Bed.

rum gestorum utilem ohne alles Bedenken gestattet, wenn man auch nicht gerade die Absicht gehabt hat, den Herrn des Geschäfts zu verpflichten, aber doch auch nicht den Willen; ihm die Auslagen zu schenken, insofern nur durch das Geschäft der Nutzen desselben wirklich befördert worden ist.

Wenn das Geschäft, was ich ohne Auftrag übernommen habe, mehrere Personen zugleich angeht, ich habe es aber nur in Rücksicht des einen gerirt, so ist mir eigentlich nur dieser ex quasi contractu negotiorum gestionis verbindlich. Der andere haftet blos in subsidium der Billigkeit wegen insoweit, als er durch meine Geschäftsführung bereichert worden ist. Z. B. ich besorge ein Geschäft ohne Auftrag, welches das Pekulium eines filiifamilias betrift. Hier entsteht die Frage, ob ich auch gegen den Vater, welcher seinem Sohne das Pekulium zum negociiren gegeben hat, die actionem negotiorum gestorum anstellen könne? Nach der Meinung des Labeo, die auch Pomponius annimmt [45]), kommt es darauf an, ob ich blos in Rücksicht des Vaters das negotium peculiare gerirt habe, oder aus Freundschaft für den Sohn. In dem erstern Falle ist mir der Vater aus dieser negotiorum gestione ganz allein verbunden. In dem letztern Falle aber betrift zwar ihn auch, als Eigenthümer des Pekuliums, das von mir übernommene Geschäft; allein da ich es doch nicht in Rücksicht desselben, und in der Absicht, ihn verbindlich zu machen, besorgt habe, so steht mir die actio negotiorum gesto-

Bed. 76. Schmidt Commentar über s. Vaters Lehrb. von Klagen IV. Band §. 1079. ad 4. u. a. m.

45) *L.* 6. §. 6. *D. h. t.*

gestorum eigentlich nur gegen desselben Sohn zu. Denn daß auch ein filiusfamilias nach dem Civilrecht verbindlich werden kann, ist ausser Zweifel [46]). Gegen den Vater kann ich also hier nur actione de peculio klagen. Wäre hingegen diese Klage fruchtlos, weil der Sohn dem Vater mehr schuldig ist, als das Pekulium beträgt, so kann ich nun zwar den Vater actione negotiorum gestorum utili belangen, allein doch nur in quantum locupletior ex mea administratione factus est. Eben so ist es, wenn Titius meinem Sohn den Auftrag gegeben hat, daß er ihm ein Grundstück kaufe, und ich mich diesem Geschäft unterziehe, nachdem ich von dem Auftrage Nachricht erhalten habe. Afrikanus [47]) sagt, es komme auf meine Absicht an, warum ich mich der Sache annahm. That ich es aus Freundschaft für den Titius, weil ich es besser wußte, wie mein Sohn, was Titius für ein Grundstück brauche, und wo dergleichen für einen billigen Preiß zu bekommen sey, so hat zwischen mir und dem Titius die actio negotiorum gestorum Statt, eben so als wenn gar kein Auftrag wäre ertheilet worden. Hätte ich aber das Kaufsgeschäft blos um meines Sohnes willen übernommen, damit nur dieser nicht deswegen verantwortlich werde, so findet hier die actio negotiorum gestorum nicht Statt, sondern ich kann nur gegen den Titius ex persona filii mei *actionem mandati* anstellen, ihm stehet hingegen wider mich die actio de peculio zu.

Habe

46) *L.* 39. *D. de obligat. et action.* SCHMID Diss. ad h. Tit. pag. 75. sqq.

47) *L.* 46. *D. h. t.*

Habe ich mich blos in der Person desjenigen geirrt, für welchen ich das Geschäft besorgte, ich glaubte Titius sey Eigenthümer desselben, ich habe aber eigentlich des Sempronius Geschäft besorgt, so ist nicht der erstere aus dieser negotiorum gestione verbindlich, sondern ich habe es in Ansehung meiner Entschädigung lediglich mit dem Sempronius, als dem wahren Eigenthümer, zu thun [48]). Der Irrthum in der Person hindert also die Entstehung der Verbindlichkeit aus der negotiorum gestione nicht, wenn ich nur die Absicht gehabt habe, einen Dritten verbindlich zu machen. Daß die Billigkeit auch hier den Hauptentscheidungsgrund ausmacht, lehrt folgender Rechtsfall aus Ulpian [49]). Titius bezahlt verschiedene Schulden des verstorbenen Sempronius, in der Meinung, daß seine Schwester desselben Testamentserbin geworden sey. Allein des Verstorbenen Kinder fochten das Testament ihres Vaters an, und wurden sui heredes mit Ausschließung der Testamentserbin. Hier hatte nun zwar Titius die Geschäfte seiner Schwester zu besorgen geglaubt, in der That aber die negotia der Kinder der Verstorbenen gerirt. Wer entschädigt nun in diesem Falle den Titius? Von den Gläubigern, an welche er die Schulden des Verstorbenen bezahlt hat, kann er nichts zurückfordern [50]). Es ist daher billig, daß er von den wahren Erben seine Entschädigung erhalte. Denn wenn gleich die Zahlung nicht in Rücksicht ihrer

48) *L.* 5. §. 1. *D. h. t.*

49) *L.* 45. §. 2. *D. h. t.*

50) *L.* 44. *D. de condict. indeb.* Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est.

ihrer geschahe, so ist dadurch doch in der That ihr Vortheil befördert worden, weil sie sich nun auf immer mit der exceptione doli gegen die Gläubiger ihres Erblassers schützen können, wenn sie etwa von diesen belangt werden sollten [51]). Sie würden sich also mit dem Schaden des Titius unbilliger Weise bereichern. Mit Recht sagt daher Ulpian: quia aequum est, in damno eum non versari, actione negotiorum gestorum id eum petere placuit [52]).

Endlich wird noch 6) erfordert, daß das unternommene Geschäft zum Vortheil des Principals müsse besorgt worden seyn, gesetzt auch, daß der Nutzen nachher wieder durch einen Unglücksfall verlohren gegangen wäre [53]).

§. 422. a.

Von den Verbindlichkeiten, welche aus der negotiorum gestione entstehen.

1) Verbindlichkeiten des Geschäftsführers. Welche culpam prästirt der N. Gestor.

Wir haben nun die Erfordernisse dieses Quasi-Contracts der negotiorum gestionis kennen gelernt, und kommen jetzt auf die gegenseitigen Verbindlichkeiten selbst, welche aus der negotiorum gestione entstehen. Diese bestehen nun

I) auf Seiten des Geschäftsführers darin,

1) daß er das übernommene Geschäft mit dem gehörigen Fleiße besorge. Da der Fleiß, so wie die aus dessen

51) *L.* 74. §. 2. *D. de iudiciis.* SCHMID cit. Diss. pag. 57. not. b.

52) *L.* 45. §. 2. *D. h. t.*

53) *L.* 10. §. 1. *D. h.* t.

dessen Unterlassung entspringende Culpa, ihre Grade hat; (§. 322.) so entsteht die Frage, welchen Grad des Fleißes der Geschäftsführer anwenden müsse, den höchsten, mittlern, oder niedrigsten? und für welchen Grad der Nachläßigkeit er also zu haften schuldig sey? für ein grobes, oder mäßiges, oder auch für ein ganz geringes Versehen? Diese Frage ist von jeher unter den Rechtsgelehrten sehr streitig gewesen. Es giebt vorzüglich zwey Meinungen. Die eine Parthey behauptet, der negotiorum gestor brauche nur den gewöhnlichen Fleiß anzuwenden, den jeder ordentliche Mensch zu beobachten pflegt; er sey also nur verbunden, culpam levem zu prästiren. Man nimmt jedoch zwey Fälle aus, nämlich a) wenn der Geschäftsführer sich zu dem Geschäft gedrungen, und einen Andern ausgeschlossen hat, der mit grösserem Fleiße und Vorsicht das Geschäft betrieben haben würde; und b) wenn das übernommene Geschäft ein solches ist, das seiner Natur nach den höchsten Grad von Fleiß und Aufmerksamkeit erfordert. Dieses war schon die Meinung der Glosse [54]), welcher die alten italiänischen Rechtsgelehrten, *Albericus de* ROSATE, Cynus, Bartolus, Baldus, Bartholomäus Salicetus, Paulus Castrensis, und selbst Alciatus [55]) einstimmig folgten. Unter den neuern Rechtsgelehrten haben dieser Meinung vorzüglich die beyden Faber, Anton [56]) und Peter [57]). Georg Franzkius [58]), Lauterbach [59]), Con-

54) ad *L*. 3. §. 9. ad *L*. 12. *D. h. t.* und ad *L*. 20. *C. eod.*

55) Commentar. in Tit. Dig. de Verbor. Signif. ad L. 226. h. t.

56) Rational. ad. L. 11. D. h. t.

57) Commentar. ad L. 23. D. de Reg. iur.

58) Exercitat. XI. Qu. 7.

59) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 16—19.

Conrad Rittershusen [60]), Delrio [61]) und Marcilius [62]); unter den neuesten aber Mencken [63]), Schneider [64]), Schmid [65]), und Höpfner [66]) zu vertheidigen gesucht. Andere hingegen glauben, daß der negotiorum gestor der Regel nach verbunden sey, den höchsten Grad des Fleißes zu beobachten. Er müsse daher für allen Schaden haften, der auch nur durch das geringste Versehen wäre verursacht worden. Diese Meinung vertheidigte zuerst Cujaz [67]), und unter seinen Anhängern zählen wir die meisten und berühmtesten Rechtsgelehrten, unter denen Johann Voet [68]), Jacob Gothofredus [69]), Bultejus [70]), Gerhard Noodt [71]), *de* OROZ [72]), Bachov [73]), Anton Schul-

60) Commentar. in L. 23. D. de Reg. iur. (*Argentor.* 1616. 4.) Cap. 12. pag. 170 — 174.

61) Commentar. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. 24.

62) Not. ad Institut. Tit. de obligat. quae quasi ex contr. §. 1.

63) Diss. levem culpam a negotiorum gestore ordinarie praestari. *Helmstad.* 1760.

64) Comment. de negotiorum gestore ordinarie ad culpam levem obligato. *Cahlae* 1780.

65) cit. Diss. pag. 29 — 50.

66) Commentar über die Institutionen §. 937.

67) ad PAULI recept. Sentent. Lib. I. Tit. 4. Idem in Comm. ad L. 23. D. de Reg. iur. und in *Africano* Tr. V. ad L. 108. §. 12. D. de legat. I.

68) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 4.

69) Comment. ad L. 23. D. de Reg. iur. §. 8. pag. 138.

70) Discept. scholast. cap. 15.

71) Comment. ad Dig. h. t. T. II. *Oper.* pag. 99.

72) de Apicibus iuris civ. Lib. V. cap. 5. nr. 16. et 17.

73) Comm. in prim. Part. Pandectar. h. t. Cap. V. nr. 7. und ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. X. Th. V. Lit. C. et D.

ting[74]), Wilhelm Prousteau[75]), Johann D'Avezan[76]), Everhard Otto[77]), Janus a Costa[78]), Altamiranus[79]), Wissenbach[80], Contius[81]), Schilter[82]), Struv[83]), Peter Müller[84]), Ulrich Huber[85]), Christfried Wächtler[86]) und Majansius[87]), besonders angeführt zu werden verdienen.

Beyde Partheyen haben für ihre Meinung so wichtige Gründe, daß es wirklich schwer ist, zu bestimmen, für welche man sich eigentlich erklären soll. Unser Verf. nimmt die erstere Meinung an, mir scheint aber doch die letztere sowohl den

74) Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 6.

75) Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XV. §. 17. (Tom. III. *Thes. Meermann.* pag. 513.)

76) Contractuum Lib. I. cap. 34. §. 2. (Tom. IV. *Th. Meerm.* pag. 63.)

77) Comment. ad §. 1. I. de obligat. quasi ex contr.

78) Commentar. ad §. 1. I. eod. tit.

79) Comment. in libros quaestion. Cervid. Scaevolae Lib. I. ad L. 9. D. h. t. §. 1. (Tom. II. *Thes. Meermann.* pag. 375.)

80) Disputat. iuris civ. Nr. XXXIX. §. 6. und in Comment. in libros VII. prior. Cod. h. t. §. 3.

81) Commentar. ad L. 23. D. de Reg. iur.

82) Praxis iur. Rom. Exercit. X. §. 67. et 68.

83) Syntagm. iur. civ. Ex. VII. Th. 50.

84) ad *Struvium* cit. loc. not. β.

85) Eunomia Rom. pag. 154.

86) Ad *Ulpiani* L. 5. §. 2. D. Commod. et L. 23. D. de R. I. sive de gradibus culpae in contractibus. *Vitemb.* 1680. Cap. XI.

87) Commentar. ad XXX. ICtor. fragmenta Tom. I. pag. 375.

den allgemeinen Regeln in Absicht des zu beobachtenden Fleißes, als auch den Gesetzen gemäßer zu seyn. Denn

1) wollen überhaupt die Gesetze, daß man bey der Verwaltung fremder Geschäfte, die man nicht aus rechtlicher Nothwendigkeit, wie z. B. eine Vormundschaft, sondern freywillig übernommen hat, für eine jede, auch die geringste Nachläßigkeit verantwortlich seyn solle. **Aliena negotia**, sagt Constantin [88]), **exacto officio gerenda**; *nec quicquam in eorum administratione neglectum, ac declinatum, culpa vacuum est.* Daher muß der Mandatar nach ausdrücklichen Gesetzen [89]) für das kleinste Versehen haften. Wie wird nun also der negotiorum gestor, der ohne Auftrag und Beruf, und gewissermaßen aus Zudringlichkeit handelt, von dieser Verbindlichkeit sich befreyen können? wenn man zumal erwägt, daß die negotiorum gestio überhaupt nach der Analogie des mandati rechtlich gebildet worden ist. Hierzu kommt,

2) daß auch bey andern Contracten, wo sonst gewöhnlich nur der mittlere Grad des Fleißes oder gar noch ein geringerer beobachtet wird, eine Verbindlichkeit zur culpa levissima alsdann eintritt, wenn das Geschäft an sich lästig ist, und man sich dennoch freywillig dazu erboten hat. Dies ist der Fall bey Vormündern [90]), ferner bey Depositaren [91]). Was thut nun derjenige anders, der sich eines Andern Geschäften ohne Auftrag unterzieht, als daß er sich ungebeten

88) *L.* 21. *Cod. mandati.*

89) *L.* 13. *Cod. eodem. Hieron. de* OROZ de Apicibus iuris civ. Lib. V. cap. 5. nr. 18.

90) *L.* 53. §. 3. *D. de furt.*

91) *L.* 1. §. 35. *D. depositi.*

zum Besorger fremder Geschäfte aufwirft? Ein bündiges Argument für diese Meinung läßt sich ferner

3) daher nehmen, daß die Gesetze sagen, der negotiorum gestor solle zwar culpam, aber nicht casum präſtiren [92]). Soll er also nur für keine Unglücksfälle haften dürfen, so wird er übrigens wohl ganz natürlich für ein jedes Versehen verantwortlich seyn. Ja es fehlt auch endlich

4) nicht an deutlichen Gesetzen, welche den negotiorum gestor zu allem möglichem Fleiße verbinden. Hierher gehört zuerst die **L. 23. D. de Reg. iur.** Es werden darin eine Menge Contracte angeführt, qui dolum et culpam recipiunt, nämlich mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, idem dotis datio, tutela, nun heißt es: NEGOTIA GESTA, *in his quidem et diligentiam.* Daß hier der Ausdruck *diligentia* den höchsten Grad von Fleiß bezeichnen soll, ist ausser Zweifel. Es ergiebt sich dieser Sprachgebrauch nicht nur aus andern Gesetzen [93]), sondern es kann auch insonderheit in unserm Gesetz darum keine andere Erklärung angenommen werden, weil die *diligentia* hier der *culpae* entgegengesetzt wird, welches Wort gewöhnlich den mittleren Grad der Nachläßigkeit, oder die culpam levem, in der gesetzlichen Sprache bezeichnet. Es

92) *L.* 32. *pr. L.* 37. §. 1. *D. h. t.* Es behauptet zwar WEHRN in Doctr. iuris explicatr. principior. et causar. damni praestandi §. 7. daß die angeführten Gesetze von dem Falle müßten verstanden werden, da man sich einem andern Fleißigeren und Sorgsamern vorgedrungen habe. Allein daß dieses nicht immer der Fall ist, wird bey der Widerlegung der gegenseitigen Gründe gezeigt werden.

93) *L.* 47. §. 5. *D. de Legatis I. L.* 5. §. 2. *D. Commodati.*

Es soll also der Ausdruck *diligentia* hier offenbar einen höhern Grad des Fleißes anzeigen, als derjenige ist, aus dessen Unterlassung eine *culpa levis* entspringt. Nun sind zwar die Rechtsgelehrten über die Leseart der Worte: *in his quidem et diligentiam*, noch nicht einig, indem verschiedene [94]) statt quidem vielmehr *quidam* lesen wollen; ich glaube aber mich auf diese Critik hier um so weniger einlassen zu dürfen, nachdem schon Püttmann [95]) die Richtigkeit jener Leseart ausser allen Zweifel gesetzt, und aus überzeugenden Gründen dargethan hat, daß diese Worte: *in his quidem* etc. sich unmittelbar auf die negotia gesta beziehen, und soviel sagen wollen: *et in negotiis quidem gestis et diligentiam* scil. summam *exigimus*. Ein sehr entscheidender Text ist ferner die L. 24. Cod. de usuris, wo es ausdrücklich heißt: *Si mater tua, maior annis constituta, negotia, quae ad te pertinent, gesserit; cum omnem diligentiam praestare debeat: usuras pecuniae tuae, quam administrasse fuerit comprobata, praestare compelli potest.* Es ist besonders merkwürdig, daß hier sogar der Mutter die Beobachtung des höchsten Fleißes zur Pflicht gemacht wird, wenn sie die Geschäfte ihrer Kinder führt, wie vielmehr ist dieses nicht von jedem andern negotiorum gestore zu behaupten? Man wendet zwar dagegen ein, daß keine Nothwendigkeit vorhanden sey, die Worte: *omnem diligentiam* gerade von dem höchsten Grad des Fleißes zu verstehen, weil aller Wahrscheinlichkeit nach die Mutter, als Vormünderin, die

94) PROUSTEAU in Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. 23. (in Tom. III. *Thes. Meermann.* pag. 533.) und besonders *Bern. Henr.* REINOLDUS in Diss. ad L. 23. D. de Reg. iur. (in EIUS *Opuscul. iurid.* a IUGLERO edit. pag. 303. sqq.)

95) Probabil. iuris. civ. Lib. I. Cap. 9. pag. 70. sqq.

Geschäfte ihrer Kinder besorgt habe; das Gesetz sey folglich der Natur der Sache nach nur von dem gewöhnlichen Fleiße zu verstehen, den Vormünder anzuwenden schuldig sind. Allein gerade die Worte: *maior constituta annis*, worauf man diese Erklärung gründet, lehren uns das Gegentheil. Denn hätte die Mutter, als Vormünderin, die Geschäfte ihrer Kinder verwaltet, so verstand sich's ja von selbst, daß sie volljährig seyn mußte, weil keine minderjährige Mutter zur Uebernehmung der Vormundschaft über ihre Kinder fähig ist [96]). Dahingegen war die Voraussetzung, daß die Mutter die Volljährigkeit bereits erreicht haben müsse, in dem Falle schlechterdings nothwendig, da sie als Geschäftsführerin ihrer Kinder für die Zinsen der verwalteten Gelder derselben haften sollte, weil sie sonst, als minderjährige, aus der übernommenen Geschäftsführung nur insofern verbindlich geworden wäre, als sie sich dadurch bereichert hat. Unter die vorzüglichsten Beweißstellen gehört endlich noch die **L. 25. §. 16. D.** familiae erciscundae, welche folgendermaßen lautet: *Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres; quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum. Non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias; quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi; et ideo negotiorum gestorum actio ei non competit.* Es wird hier die Frage entschieden, für welche culpam ein Miterbe haften müsse, wenn er ohne Auftrag des andern Miterben die gemeinschaftliche Erbschaft verwaltet hat? Man könnte glauben, sagt das Gesetz, daß er, wie ein negotiorum gestor, zu den höchsten Grad des Fleißes

96) *L. 2. Cod. quando mulier officio tut. fungi pot.*

Fleißes verbunden sey. Allein es ist ein großer Unterschied zwischen dem Miterben und einem negotiorum gestor. Denn erster hatte wegen seines Antheils, der ihm an der Erbschaft zukommt, doch eine rechtmäßige Ursache, die gemeinschaftliche Erbschaft zu verwalten; letzter hingegen hatte gar keinen Beruf, sich in fremde Geschäfte zu mischen. Daher braucht der Miterbe nur diejenige Sorgfalt zu beobachten, welche er gewöhnlich auf seine eigene Sachen zu verwenden pflegt, ein negotiorum gestor hingegen muß *diligentiam* praestare, *qualem diligens paterfamilias*, welches nach der hier angestellten Vergleichung den höchsten Grad des Fleißes ausdrücken soll [97]). Prüfen wir nun noch mit wenigem die Gründe der gegenseitigen Meinung, so werden diese, statt jene erstere Meinung zu entkräften, vielleicht noch manche Stütze zur mehreren Begründung derselben darbieten. Man sagt nämlich,

1) der negotiorum gestor ziehe gar keinen Vortheil aus der Besorgung des fremden Geschäfts. Er sollte also nach der Analogie der **L. 5. §. 2. D.** commod. billig nur culpam latam leisten. Es sey also schon singulär, daß er culpam levem prästiren müsse. Allein dieser Grund widerlegt sich von selbst. Denn indem die Vertheidiger der gegenseitigen Meinung den Geschäftsführer dennoch zur Prästation einer culpae levis verpflichten, da er doch nach der **L. 5.** cit. nur für culpam latam haften dürfte, so geben sie ja selbst zu, daß die Analogie der angeführten **L. 5.** hier keine Statt finde. Es ist überdem bekannt genug, daß die

 Gesetze

97) Man sehe NOODT Comment. ad Pandect. Lib. X. Tit. 2. (*Operum* Tom. II. pag. 241.) und SCHILTER Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 68.

Gesetze nur bey denjenigen Contracten, bey welchen eine Sache den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht, den Grad der zu vertretenden Nachläßigkeit nach dem Nutzen abmessen, den ein oder der andere Theil aus dem Contract ziehet, nicht aber in den Fällen, wo die Rede von der Leistung eines Factums ist; oder wo sich Jemand zu einem Geschäft erboten hat, welches an sich lästig ist, weil er für sich davon keinen Vortheil hat [98]). Man beruft sich

2) auf die L. 11. D. h. t. wo Pomponius schreibt: *Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes.* Das Wort culpa aber bedeute, wo es schlechtweg steht, gewöhnlich culpam levem. Allein daß hier die *culpa* mit allen ihren Graden, und darunter folglich auch die geringste Nachläßigkeit zu verstehen sey, erhellet daraus, weil sie Pomponius dem bloßen Zufall entgegensetzt. Denn gleich nachher sagt er: *Sed* PROCULUS, *interdum etiam casum praestare debere.* Nun konnte ja die Frage, inwiefern der negot. gestor auch den casum prästiren müsse, nicht entstehen, ohne voraus zu setzen, daß derselbe zur praestatio culpae levissimae der Regel nach verbunden sey [99]). Daß überdem auch in mehreren Stellen unserer Gesetze [100]) das Wort *culpa*, wenn es schlechthin gesetzt ist, das geringste Versehen bedeute, hat schon Abraham Wieling [1]) bemerkt. Vorzüglich stützt man sich jedoch

3) auf

98) *Frid. Gottl.* ZOLLER Diss. de eo, quod iustum est circa praestationem culpae. *Lipsiae* 1773. §. 4. et 5.

99) S. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 3035. Not. k.

100) *L.* 16. *D. de condict. furt.* *L.* 8. §. 3. *D. de precario.*

1) Lection. iur. civ. Lib. I. cap. 7. pag. 25.

3) auf die L. 20. Cod. de negot. gest. wo ausdrücklich gesagt wird, daß derjenige, welcher freywillig eines Andern Geschäft übernimmt, nicht nur dolum und culpam latam, sondern auch *levem* prästiren müsse. Da hier von der culpa levissima nichts erwähnt wird, so glaubt man, daß der negotiorum gestor auch der Regel nach zu deren Vertretung nicht verbunden sey. Es ist dieses unstreitig eins der stärksten Argumente für die gegenseitige Meinung. Man darf indessen nicht ausser Acht lassen, daß dieses Gesetz zu den Rescripten gehört, worin die röm. Kaiser einzelne ihnen vorgetragene Rechtsfälle entschieden. Da uns die näheren Umstände derselben meistentheils unbekannt sind, so müssen solche Gesetze nach der Analogie bestimmterer Rechtssätze um so mehr erklärt werden, je weniger es die Absicht der röm. Kaiser war, in ihren Rescripten neue Grundsätze aufzustellen, sondern längst bekannte der Anfrage gemäß anzuwenden [2]. Dieses nun auf unser Gesetz angewandt, so war wohl eigentlich die Anfrage der Octaviana, an welche dieses Rescript erlassen worden ist, nicht zunächst darauf gerichtet, was für eine culpam der Geschäftsführer zu prästiren habe, wie Noodt [3]) und Prousteau [4]) behaupten wollen; sondern die Frage scheint eigentlich die gewesen zu seyn: ob derjenige, welcher sich unberuffen in die Geschäfte einer unmündigen Person gemischt hat, eben so, wie ein bestellter Vormund, auch für diejenigen Geschäfte verantwortlich sey, die er nicht besorgt hat? Kann man es also einem solchen negotiorum gestor

2) PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 14. pag. 108. ECKHARDI Hermenevt. iur. Lib. I. cap. 5. §. 221.

3) Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XV. §. 22.

4) Commentar. ad Pandect. h. t. pag. 99.

gestor zur Last legen, daß er sich nur dem einem Geschäft unterzogen habe, dem andern aber nicht? Das Gesetz sagt, Nein, weil ein großer Unterschied sey zwischen einem Vormund, und einem freywilligen Geschäftsführer; indem jener aus Amtspflicht die Geschäfte seines Pflegbefohlnen besorgt, letzterer hingegen aus eigenem Willen. Bey diesem muß man also zufrieden seyn, wenn er durch das Geschäft, was er aus Freundschaft unternommen, den Nutzen des Eigenthümers nur einigermaßen befördert hat. Dahingegen versteht es sich freylich von selbst, daß ein negotiorum gestor nichts unterlassen dürfe, was zu dem unternommenen Geschäft gehört. Wenn also derjenige, welcher, ohne ein ordentlich bestellter Vormund zu seyn, für einen Unmündigen Gelder in Empfang genommen hat, so muß er auch für die Zinsen haften, wenn er gleich keine erhalten hätte. Die Einrede, daß er deshalb weder in dolo sey, noch auch ein grobes Versehen ihm zur Last falle, kann ihn gegen diese Verbindlichkeit nicht schützen, weil es zu den Pflichten eines jeden guten Wirths gehört, daß man das Geld nicht müßig liegen läßt, was man sicher ausleihen kann. Nun aber muß ein negotiorum gestor nicht blos dolum und culpam latam sondern auch levem prästiren [5]). Nach dieser Darstellung des in dem Gesetz entschiedenen Rechtsfalles war also gar keine Frage davon, ob der negotiorum gestor auch für ein ganz geringes Versehen haften müsse? es kann daher auch unserer Meinung nicht entgegen stehen. Man könnte aber auch mit Cocceji [6]) sagen, daß in dem Falle der L. 20. C. h. t. der negotiorum gestor darum nur pro culpa levi habe

5) WAECHTLER Diss. de gradibus culpae in contractibus. Cap. XI. §. 68.

6) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

habe haften dürfen, weil er die Geschäfte eines Pupillen, als Protutor, besorget hatte; denn wer als protutor die Geschäfte eines Pupillen gerirt, leistet nur, wie ein anderer Vormund, culpam levem [7]. Endlich meint man

4) noch ein vorzügliches Argument in dem §. 1. I. de obligationibus, quae quasi ex contr. zu finden, wo Justinian ausdrücklich sage, daß der negotiorum gestor nur dann zur exactissima diligentia verbunden sey, *si non alius, diligentior eo, commodius administraturus esset negotia.* Hierdurch werde also die Ausnahme ausser Zweifel gesetzt, daß nämlich der *negotiorum gestor* nur dann, wenn er sich zu dem Geschäft gedrungen, und einen Andern ausgeschlossen hat, culpam levissimam prästiren müsse. Allein ich befürchte, man habe sich hier durch des Theophilus griechische Paraphrase irre führen lassen. Lieset man die Stelle Justinians in ihrem ganzen Zusammenhange, so bestärkt sie vielmehr unsere Meinung, als daß sie derselben entgegen stehen sollte. Justinian sagt, der Geschäftsführer sey verbunden, von seiner Verwaltung Rechenschaft zu geben; und zwar müsse er bey Ablegung seiner Rechnung darthun, daß er den allergrößten Fleiß angewandt habe. Es sey noch nicht genug, wenn er zeigt, daß er soviel Fleiß angewandt habe, als er in seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt. Denn das ist freylich nicht immer der höchste Grad des Fleißes, den man in seinen eigenen Sachen anwendet. Nein! erst alsdann habe der negotiorum gestor seiner Pflicht ein Genüge geleistet, wenn er das fremde Geschäft mit einer solchen Sorgfalt gerirt hat, daß kein Anderer es mit mehrerem Fleiß besorgt haben wür-

7) *L.* 4. *D. de eo, qui pro tutore.*

würde. Dieses glaube ich, ist der wahre Sinn der Worte: *Si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia*, welche also keineswegs so zu verstehen sind, als ob wirklich ein noch fleißigerer Mann dagewesen seyn müsse, dem sich der negotiorum gestor vorgedrungen hat; Nein! sondern sie geben vielmehr eine Beschreibung der diligentiae exactissimae, welche, wie Crell [8]) sehr richtig bemerkt hat, darnach beurtheilt werden soll, was ein anderer fleißigerer Mann würde geleistet haben. Eine Beschreibung, die in den Gesetzen sehr gewöhnlich ist [9]). Denn fast mit den nämlichen Worten wird auch in dem §. 2. I. quib. mod. re contrah. obligatio, und der L. 1. §. 4. D. de obligat. et action. dem Commodatar die praestatio culpae levissimae auferlegt, da doch dieser, wie die L. 18. D. commodati lehrt, nicht blos unter der Bedingung die möglichste Sorgfalt anzuwenden verbunden ist, wenn er einen andern Fleißigeren ausgeschlossen hat. Dies sey genug zur Widerlegung der entgegengesetzten Meinung, und ich bemerke nur noch, daß unsere Meinung nach Schilters [10]) und Müllers [11]) Zeugniß auch in der Praxis angenommen sey [12]).

Bis=

8) Diss. Omnem culpam in negotiorum gestorum iudicio praestari. *Vitemb.* 1733. §. 5. pag. 18. Man vergleiche auch *Christ. Gottl.* EINERT Disput. de negotiorum gestoris ad culpam levissimam praestandam obligatione, praes. *Aug. Frid.* SCHOTT def. *Lipsiae* 1767. §. 5. der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. Band Medit. 98. und WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. 6. §. 4.

9) *L.* 6. §. *ult. D. h. t. L.* 18. *D. eodem.*

10) Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 67.

11) ad *Struvium* Exerc. VII. Th. 50. not. *β.*

12) Sie ist auch dem Allgem. Preuß. Gesetzbuch 1. Th. 13. Tit. §. 245. gemäß.

Bisweilen muß jedoch der N. G. noch mehr als culpam levissimam, nämlich auch sogar casum prästiren. Dahin gehört,

1) wenn er für den Abwesenden ein Geschäft unternommen hat, welches mit vieler Gefahr verbunden ist, so, daß der Eigenthümer solches nicht leicht selbst gewagt haben würde. Z. E. ich kaufe mit des Titius Gelde ohne desselben Auftrag eine Kuxe von einer Gewerkschaft, oder ich setze sein Geld in die Lotterie. Hier gehört zwar der Gewinn dem Abwesenden, allein den Verlust muß ich tragen [13].

2) Wenn er das Geschäft gegen das ausdrückliche Verbot des Eigenthümers übernommen hat, und der Unglücksfall ohne seine Einmischung nicht entstanden seyn würde [14].

3) Wenn er sich blos um seines eigenen Vortheils willen in die Geschäfte des Abwesenden gemischt hat [15].

4) Wenn er die Unglücksfälle durch einen besondern Vertrag übernommen hat. L. 22. C. h. t. sagt: Negotium gerentes alienum, *non interveniente speciali pacto*, casum fortuitum praestare non compelluntur. Man glaubt

13) *L.* 11. *D. h. t.*

14) *L.* 8. §. 3. *D. h. t.* wo es heißt: ita tamen, ut is, *qui prohibuit,* ex nulla parte *aliquid damni sentiat.* Man sehe auch LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. LV. medit. 5. et 6.

15) *L.* 6. §. 3. *D. h. t. L.* 32. *D. eod.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 16. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3035. lit. E. Ueberhaupt giebt VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. die Regel, daß der negotiorum gestor in allen den Fällen den casum prästiren müsse, *quoties non potest dominum convenire actione contraria, nisi quatenus is locupletior factus est.*

glaubt zwar, ein solches pactum sey der Natur einer negotiorum gestionis zuwider, und hat daher, theils durch critische Verbesserung des Textes, theils durch mancherley Erklärungen die Schwierigkeit zu heben gesucht, welche in diesem Gesetz liegen soll [16]). Allein das Räthsel ist leicht aufge-

16) *Corn. van* BYNCKERSHOECK Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 7. meint, man müsse *interveniente speciali facto* lesen; und dieser Emendation geben auch *Ger.* NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. pag. 100. und *Bern. Henr.* REINOLD in Opuscul. iurid. a *Iuglero* edit. pag. 337. Beyfall. Andere glauben, daß das Gesetz nicht sowohl von den negotiorum gestoribus allein, sondern vielmehr von allen, die ein fremdes Geschäft übernehmen, und also auch von Bevollmächtigten rede, bey welchen sich der Fall wohl denken lasse, daß sie sich per pactum adiectum verbindlich machen, für die Unglücksfälle zu stehen. So VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 5. SCHULTING in Enarrat. part. primae Dig. h. t. §. 6. LEYSER Medit. ad Pand. Specim. LV. med. 1. POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Not. n. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 937. Not. 4. Allein beyde Meinungen widerlegt Carl Adolph v. Braun über die L. 22. Cod. de negot. gest. in Siebenkees neuem jurist. Magazin. 1. Band (Anspach 1784.) Nr. VIII. S. 266. ff. Noch eine andere Erklärung hat *H. G. van* VRYHOF in Obs. iur. civ. Cap. 16. Dieser sagt, man müsse die Worte: *non interveniente speciali pacto*, nicht so verstehen, wenn kein besonderer Vertrag wegen der Uebernehmung der Unglücksfälle errichtet worden; sondern der Sinn des Gesetzes sey vielmehr dieser: Der *negotiorum gestor* hafte darum für keine Unglücksfälle, weil bey der *negotiorum gestione* kein besonderer Vertrag errichtet wird; da dieselbe ohne Wissen des Eigenthümers und ohne Auftrag geschieht. Der *negotiorum gestor* könne sich also auch nicht zur Uebernehmung der Unglücks-

gelößt, wenn man das Gesetz nur nicht von einem solchen Vertrage versteht, den der Eigenthümer selbst mit dem Geschäftsführer geschlossen hat; sondern von einem pacto speciali tertii cum gestore. Z. B. ich trage Jemandem die Besorgung eines fremden Geschäfts auf, welches die Güter des abwesenden Titius betrift, und da mir an der sorgfältigen Verwaltung dieser Güter ganz vorzüglich gelegen ist, so lasse ich mir von dem Mandatarius versprechen, daß er auch für die Unglücksfälle stehen müsse. Da dieser Bevollmächtigte in Ansehung des abwesenden Titius unstreitig ein negotiorum gestor ist, so läßt sich auf diese Art das pactum, wovon das Gesetz redet, mit der Natur der negotiorum gestionis ganz wohl vereinigen [17]).

Nun

glücksfälle verbindlich machen. Allein wenn gleich PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 14. pag. 107. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3035. not. p. pag. 367. dieser Erklärung beypflichten, so verdient sie doch darum keinen Beyfall, wenn sie theils gekünstelt und höchst unnatürlich ist, theils den Worten einen Sinn beylegt, die den Satz *non interveniente speciali pacto* offenbar unnütz und überflüßig machen, theils weil ihr die *Basilica* Tom. II. pag. 338. entgegen sind, welche die angeführten Worte auch als eine Bedingung oder Ausnahme von der Regel erklären. Denn da heißt es ausdrücklich: *ει μὴ ἰδικὸν περὶ τούτων γένηται σύμφωνον*; d. i. *si non speciale super his factum sit pactum*.

17) Man sehe vorzüglich *Corn. Ant. van* WACHENDORF Specim. iurid. exhibens observationes ad leges quasdam ex iure civ. *Trajecti ad Rhen.* 1756. Cap. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thesaur. nov. Dissertat. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 166. seqq.)

Nun giebt es aber auch Fälle, wo bey der negotiorum gestione nur culpa lata prästirt wird. Dahin gehört,

1) Wenn sich Jemand in einem dringenden Nothfalle, z. B. bey einer Feuersgefahr, oder bey einer bevorstehenden Subhastation, den Geschäften seines abwesenden Freundes unterzog, um ihm sein Vermögen zu retten, oder sonst einen Schaden abzuwenden, welcher ohne des gestoris Theilnehmung unvermeidlich gewesen wäre [18]). Hier braucht der Geschäftsführer nur für den Dolus, wie Labeo sagt, oder welches demselben gleichgeachtet wird, für ein grobes Versehen zu haften, und das ist billig.

2) Auch die Erben eines verstorbenen negotiorum gestoris leisten nur dolum und culpam latam, wenn sie blos das von ihrem Erblasser bereits unternommene Geschäft zu Ende bringen [19]).

Es ist jedoch der Billigkeit gemäß, daß in allen solchen Fällen, wo bey der negotiorum gestione von Vertretung einer Nachläßigkeit oder auch eines casus fortuiti die Rede ist, der Vortheil und Gewinn, welchen der negotiorum gestor gemacht hat, von dem verursachten Schaden und erlittenen Verlust abgerechnet werde [20]).

§. 422. b.

18) *L.* 3. §. 9. *D. h. t.*

19) *L.* 17. *Cod. h. t.* Unrichtig behauptet die Glosse *ad. h. L.* daß der Erbe culpam levem leisten müsse. Allein diesen Irrthum widerlegt SCHMID cit. Diss. ad h. Tit. pag. 27. Man sehe auch HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3035. lit. D. pag. 365.

20) *L.* 11. *in fin. D. h. t.* Quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum: absens pensare lucrum cum damno debet.

§. 422. b.

In wiefern ist der N. G. für das, was er unterlassen hat, verantwortlich?

Zu dem möglichsten Fleiße, wozu ein N. G. der Regel nach verpflichtet ist, gehört auch, daß er bey dem übernommenen Geschäft nichts unterlasse, was mit demselben einen Zusammenhang hat [21]). Z. B. er hat die Administration eines Landguts übernommen, und einige Stücke ohne Grund ungebauet liegen gelassen, oder er hat Gelder für den Eigenthümer erhoben, und solche müßig liegen gelassen. In beyden Fällen ist der Geschäftsführer für den Schaden verantwortlich [22]). Wenn hingegen die Geschäfte, welche der N. G. unterlassen hat, mit den übernommenen nicht connex sind, so haftet er dafür in der Regel nicht, außer in sofern ihm hierbey eine Culpa beygemessen werden kann [23]). Dies ist z. B. der Fall, wenn ein anderer ehrlicher und fleißiger Mann alle Geschäfte des Abwesenden sorgen wollte, dieser aber von dem gestore hieran verhindert wurde. Hier kann der Eigenthümer mit Recht die Vertretung dessen, was der Geschäftsführer unterlassen hat, von ihm fordern, wenn es auch mit dem, was er gethan, keinen unmittelbaren Zusammenhang hat [24]). Wenn hinge-

21) *L.* 6. §. 12. *D. h. t. L.* 55. §. 3. *D. de administr. et peric. tutor.* S. POTHIER Pandectae Iustinian. T. I. h. t. nr. XLI. sqq. SCHMID cit. Diss. pag. 97. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 938.

22) *L.* 19. §. 4. *L.* 31. §. 3. *D. h. t.*

23) *L.* 20. *C. h. t.*

24) *L.* 6. §. 12. *D. h. t.* Videamus in persona eius, qui negotia administrat, si quaedam gessit, quaedam non; *contemplatione*

tamen

gen der Geschäftsführer einige Schuldner des Abwesenden gerichtlich zu belangen unterließ, so kann ihm hierin eigentlich nichts zur Last gelegt werden, weil er aus Mangel einer Vollmacht gegen sie nicht klagen konnte [25]); wofern nicht etwa der Geschäftsführer mit dem Eigenthümer in einem solchen Verhältniß steht, daß er sich auf eine vermuthliche Vollmacht berufen konnte, und ihm auch leicht möglich war, die deshalb erforderliche cautionem de rato zu leisten [26]). Hat ein Schuldner sich den Geschäften seines Gläubigers unterzogen, so ist es Pflicht desselben, zuerst an die Bezahlung seiner eigenen Schuld zu denken, wenn nämlich deren Zahlungstermin zu der Zeit schon verstrichen ist [27]). Denn hat

tamen eius alius ad haec non accessit; et, si vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit: an dici debeat, negotiorum gestorum eum teneri et propter ea, quae non gessit? Quod puto verius.

25) *L.* 20. *C. h. t.* De caeteris vero, quae ab aliis tui constituta iuris detenta, (i. e. *quae ad te pertinebant iure, et ab aliis detinebantur.* S. POTHIER c. l. not. e.) exacta non sunt, ab hoc, qui nec agendi quidem propter exceptionis obstaculum (i. e. *propter exceptionem deficientis mandati, qua summotus fuisset N. G.*) facultatem habere potuit, exigi non potest.

26) *L.* 8. *pr. D. h. t.* Si autem is fuit, qui negotia administravit, a quo mandatum non exigebatur: posse ei imputari, cur oblata *de rato* cautione, eum (scil. *debitorem eius, cuius negotia gerebat*) non convenit: si modo facile ei fuerit satisdare. Ohne Grund hält. *Ant.* FABER in Rational ad h. L. diese ganze Stelle für einen Tribonianismus.

27) *L.* 6. §. 12. *D. h. t.* Certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur. Quamquam enim hoc ei imputari non possit, cur alios debitores non convenerit; quoniam conveniendi eos iudicio facultatem non habuit, qui nullam actionem.

hat er diese seine eigene Schuld nicht vor allen Dingen in die Rechnung seines Gläubigers gebracht, und das Geld zum Nutzen desselben wieder ausgeliehen; so muß er von dem Tage an dem Gläubiger die Zinsen vergüten, welche derselbe von einem andern Schuldner hätte erhalten können [28]). War also das Geld dem Schuldner vielleicht unverzinslich dargeliehen worden, so fängt die Schuld nun an, eine verzinsliche zu werden [29]). Ja es wird durch die negotiorum gestionem des Schuldners die vorige Schuldklage dergestalt in eine actionem negotiorum gestorum verwandelt, daß wenn etwa der Schuldner nur ex causa temporali verbindlich war, und die Schuldklage während der Geschäftsführung durch Ablauf der Zeit erloschen seyn sollte, der Schuldner dennoch nun immer noch mit der actione negotiorum gestorum belangt werden kann; und diese Klage findet auch sogar gegen die Erben des Schuldners in einem solchen Falle Statt, wo sonst der Erbe aus der Hand-

 lung

nem intendere potuit; tamen a semetipso cur non exegerit, ei imputabitur.

28) *L.* 38. *D. h. t.* Qui sine usuris pecuniam debebat, creditoris sui negotia gessit. Quaesitum est, an negotiorum gestorum actione summae illius usuras praestare debeat? Dixi; si a semetipso exigere eum oportuit, debiturum usuras. Quodsi dies solvendae pecuniae tempore, quo negotia gerebat, nondum venerat; usuras non debiturum: sed, die praeterito, si non intulit rationibus creditoris, cuius negotia gerebat, eam pecuniam a se debitam, merito usuras bonae fidei iudicio praestaturum.

29) *L.* 6. §. 12. *D. h. t.* Et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium: ut *Divus* PIUS *Flavio Longino* rescripsit; nisi forte, inquit, usuras ei remiserat.

lung seines Erblassers nicht verbindlich gewesen wäre [30]. Eine Ausnahme machen jedoch die Gesetze in dem Falle, wenn der Eigenthümer des Geschäfts gegen den Geschäftsführer, als Schuldner betrachtet, anders nicht hätte klagen können, als wenn er diesem zuvor etwas ersetzte oder zurückgab, was sich der Schuldner durch die negotiorum gestionem nicht selbst verschaffen konnte [31]. Z. B. ich habe dir ein fehlerhaftes Stück Vieh verkauft, weshalb du actione redhibitoria gegen mich klagen kannst. Nachher unterziehe ich mich bey einer gewissen Gelegenheit deinen Geschäften. In diesem Falle ist nach Verlauf von sechs Monaten die redhibitorische Klage erloschen, wenn ich durch die Geschäftsführung nicht im Stande war, mir selbst das verkaufte Stück Vieh wieder zu verschaffen, welches mir der Käufer erst zurückgeben mußte, wenn die redhibitorische Klage wider mich hätte Statt finden sollen. Daher geht diese Klage nicht in die actionem negotiorum gestorum über.

Hat

30) *L.* 8. *pr. D. h. t.* Et ideo si ex causa fuit obligatus, quae certo tempore finiebatur, et tempore liberatus est: nihilominus negotiorum gestorum actione erit obligatus. Idem erit dicendum et in ea causa, ex qua heres non tenetur, ut MARCELLUS scribit. Man vergleiche auch *L.* 13. *D. de tut. et ration. distrah.*

31) *L.* 35. §. 2. *D. h. t.* Sed nec redhibitoriae speciem venire in negotiorum gestorum actionem, et per hoc sex mensibus exactis perire, si vel mancipium in rebus non invenit; vel eo invento, quod accessionum nomine additum est, vel quod deterior homo factus esset, vel quod per eum esset acquisitum, (non ex re emtoris) nec invenit, nec recepisset; nec esset in ipsis emtoris negotiis, quae gerebat, unde sibi in praesenti redderet.

Hat im Gegentheil der Gläubiger die Geschäfte seines Schuldners übernommen, und aus dem Verkauf gewisser Sachen desselben Geld gelößt, so ist er ebenfalls dafür verantwortlich, wenn er solches nicht zum Vortheil des Schuldners durch Tilgung seiner Schulden verwendet hat. Paulus[32]) hat hiervon folgenden Rechtsfall. Ein Schuldner war seinem Gläubiger 50000 Sesterzien schuldig. Er starb, und der Gläubiger übernahm, in Ermangelung eines gegenwärtigen Erben, die Verwaltung seines Nachlasses. Er machte dabey 10000 Sesterzien Vorschuß, und nahm hierauf 100000 für verkaufte Erbschaftsgüter ein. Diese Gelder hob er zwar sorgfältig auf, sie giengen aber doch durch einen Unglücksfall verlohren. Es fragte sich, ob der nachher bekannt gewordene Erbe dem Gläubiger den Vorschuß und die Schuld zu bezahlen verbunden sey? Paulus sagt, es komme nach Julians Meinung auf den Umstand an, ob der Gläubiger hinlängliche Ursachen gehabt habe, die eingenommenen 100000 Sesterzien in den Kasten zu legen, oder ob er nicht vielmehr selbige zur Tilgung seiner eigenen und anderer Schuldforderungen hätte verwenden können? In dem ersten Falle sey er ausser Schuld, und beydes, der Verlust und die Schuld müsse ihm bezahlet werden. Z. E. er ließ das Geld wegen einer besorglichen Confiskation der verkauften Güter liegen. In dem letztern Falle hingegen komme ihm lediglich der Vorschuß zu gut, er müsse also von den verlohrnen Ein Hundert noch Neunzig erstatten. Warum hier der Gläubiger nicht auch seine Schuldforderungen abrechnen dürfe, ist unbegreiflich. Er konnte sich ja doch von den eingenommenen Geldern bezahlt machen, und hätte also auf jeden Fall nur 40000 an die übrigen Gläubiger be-

32) *L.* 13. *D. h. t.*

bezahlen dürfen. Strafe genug für sein Versehen, wenn er diese dem Erben erstatten muß.

§. 423. a.

Uebrige Verbindlichkeiten des Geschäftsführers.

Eine andere Hauptverbindlichkeit des Geschäftsführers, die sich aus dem vorigen ergiebt, besteht

2) darin, daß er das unternommene Geschäft nicht liegen lasse, sondern ganz zu Ende bringe [33]). Hat er also z. B. die Vertheidigung seines abwesenden Freundes übernommen, und er hat gegen die gravirliche Sentenz nicht appellirt, da er doch konnte, so verliert er seinen Regreß. Denn er leidet den Schaden durch seine eigene Schuld [34]). Ja wenn auch der Eigenthümer stirbt, so darf doch der Geschäftsführer dasjenige, was er einmal angefangen hat, nicht liegen lassen, sondern er muß zum Besten der Erben fortfahren, oder er ist sonst zum Schadensersatz verbunden [35]). Der N. G. ist ferner

3) schuldig, nach geendigtem Geschäft Rechnung abzulegen, Einnahme und Ausgabe richtig zu specificiren, jeden Posten gehörig zu bescheinigen, und den Ueberschuß, welcher nach Abzug der Unkosten und Ausgaben übrig bleibt, mittelst eines Inventariums oder einer eidlichen Specification an den Herrn des Geschäfts und zwar mit Zinsen, herauszuzahlen [36]). Hätte der Geschäftsführer für den Eigenthümer auch etwas zur Un-

33) *L.* 17. §. 3. *D. commodati.*

34) *L.* 31. §. 2. *D. h. t.*

35) *L.* 21. §. 2. *D. h. t.*

36) §. 1. *I. de obl. quae quasi ex contr. L.* 2. *D. h. t. L.* 31. §. 3. *D. eodem.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tit. III. §. 3035.

Ungebühr erhoben; z. B. er unternahm für ihn die Vindication eines Grundstücks, durch Obreption, und erhielt an Früchten weit mehr, als eigentlich den Rechten nach hätten gefordert werden können; so muß dennoch auch ein solches indebite acceptum an den Eigenthümer abgeliefert werden [37]); ob er gleich wegen dessen, was er selbst aus Irrthum und ohne Verbindlichkeit für den Eigenthümer bezahlt hat, von diesem keinen Ersatz verlangen kann [38]). Endlich ist noch

4) zu bemerken, daß wenn der Geschäftsführer für den Eigenthümer Gelder erhoben, und solche in seinen Nutzen eigenmächtig verwendet hat, er selbige mit den höchsten Zinsen zu zwölf Pro-Cent (usurae maximae, s. centesimae ersetzen muß [39]); und diese Strafe findet nach dem Zeugniß der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten [40]) auch noch h. z. T. Statt. Hat er hingegen Gelder unsicher verborgt,

37) *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* Si fundum tuum per obreptionem petiero, negotium tuum gerens, et ampliores, quam oportuit, fructus fuero consecutus, debebo hoc ipsum tibi praestare, licet petere non potuerim. *Per obreptionem* heißt hier, wenn ich mich als deinen Anwald gerirte, ohne eine Vollmacht zur Klage von dir zu haben, und in dieser Qualität auch zugelassen worden bin. S. FABER Rational. ad h. L. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XXXIX. not. b.

38) *L.* 23. *D. h. t.* Si quis negotia aliena gerens indebitum exegerit, restituere cogitur. De eo autem, quod indebitum solvit, magis est, ut sibi imputare debeat.

39) *L.* 38. *D. h. t.* S. *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 5. (*Oper.* Tom. I. pag. 213.)

40) S. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 38. cit. und *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 9.

so haftet er nur für das Kapital nebst den gewöhnlichen Zinsen [41]).

§. 423. b.

II. Verbindlichkeiten des Eigenthümers.

Soviel nun II) die Verbindlichkeiten auf Seiten des Geschäftsherrn anbetrift, so bestehen sie darin, den negotiorum gestorem schadlos zu halten, ihm alle verwendete Unkosten und Auslagen, in sofern sie nothwendig oder nützlich sind [42]), und zwar mit Zinsen [43]), zu ersetzen, wenn gleich der Eigenthümer nicht in mora ist [44]), auch den Geschäftsführer von den um seinetwillen übernommenen Schulden und Verbindlichkeiten zu befreyen [45]). Allein eine Belohnung für seine Mühe kann der N. G. nicht verlangen [46]).

§. 424. u. 425.

Klagen aus der negotiorum gestione.

Diese wechselseitigen Verbindlichkeiten, welche aus der negotiorum gestione entspringen, bewirken eine doppelte Klage, von welchen die eine *actio negotiorum gestorum directa*,

cta,

41) *L.* 37. §. 1. *D. h. t.* Ein anders wäre, wenn der Schuldner zu der Zeit, da ihm das Geld geliehen wurde, ein vermögender Mann war, dem jeder creditirt haben würde, und blos durch Unglücksfälle arm geworden.

42) *L.* 2. *D. h. t.* *L.* 45. *eod.* *L.* 10. *C. h. t.*

43) *L.* 19. §. 4. *D. h. t.* *L.* 37. *D. de Usur.*

44) *L.* 18. *Cod. h. t.*

45) *L.* 2. *L.* 28. *in fin. D. h. t.* S. SCHMID Diss. ad h. Tit. pag. 11.

46) Höpfners Commentar über die Institutionen §. 938.

cta, die andere *actio negotiorum gestorum contraria* genennt wird [47]. Die erstere, oder die Hauptklage aus der Geschäftsführung, stellt der Herr des Geschäfts gegen den Geschäftsführer an, und gehet dahin, daß er von dem übernommenen Geschäfte richtige Rechnung ablege, dasjenige, was er für den Kläger in Empfang genommen, nebst den erhobenen, oder zu erheben gewesenen Zinsen, herausgebe, den mit Vorsatz oder aus Nachläßigkeit verursachten Schaden ersetze, und wenn der Beklagte etwa das unternommene Geschäft liegen gelassen hätte, daß er solches noch pflichtmäßig beendige, oder das Interesse leiste. Die actio negotiorum gestorum contraria hingegen steht dem Geschäftsführer gegen den Geschäftsherrn zu, und geht auf eine dem Kläger zu leistende Schadloshaltung, wenn er von der Geschäftsführung Kosten gehabt, oder sonst Verbindlichkeiten bey dieser Gelegenheit für den Beklagten hat übernehmen müssen. Es kann jedoch der Geschäftsführer auch ein Retentionsrecht ausüben, wenn er die Sache in Ansehung welcher er das Geschäft geführt hat, noch besitzt [48], oder er kann sich einer Compensation bedienen, es wäre denn, daß der Richter auf diese Einrede darum keine Rücksicht genommen hätte, weil es an den rechtlichen Erfordernissen der Compensation fehlte. In diesem Falle muß nun der Geschäftsführer freilich zur actio negotiorum gestorum contraria seine Zuflucht nehmen [49], es muß nur nicht etwa

47) S. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 4. Band S. 323. folgg.

48) *L.* 1. *pr. D. Quib. mod. pignus vel hypoth. solvit. L.* 18. §. *ult. D. commodati.* Schmidt im angef. Commentar §. 1075.

49) *L.* 8. §. 2. *D. h. t.*

etwa die Einrede der Compensation als ungegründet rechtskräftig verworfen worden seyn. Hier würde die Gegenklage darum wegfallen, weil der negotiorum gestor die rechtskräftige Entscheidung wider sich hat [50]); welches aber freylich voraussetzt, daß aus dem Urtheile und dem bisherigen Verfahren der Partheyen deutlich erhelle, daß selbst über den Grund und die Rechtmäßigkeit der Gegenforderung des negotiorum gestoris an sich, nach genauer Untersuchung der Sache, erkannt worden sey [51]). Uebrigens gehen zwar beyde Klagen auf die Erben; allein gegen den dritten Besitzer der Sache, in Ansehung deren das nützliche Geschäft geführet worden ist, findet die actio contraria nicht Statt. Z. B. der Eigenthümer hat das Haus verkauft, welches ich in seiner Abwesenheit repariren ließ. Hier kann ich nicht gegen den Käufer, als dermaligen Besitzer des Hauses, actionem negotiorum gestorum contrariam anstellen, und den Ersatz der aufgewandten Reparaturkosten verlangen. Denn diese Klage ist eine bloße Personalklage [52]). Es könnte jedoch vielleicht wider den dritten Besitzer die actio in factum angestellet werden, wenn er sich mit des Geschäftsführers Schaden bereichert finden sollte. Z. B. er hätte

50) *L.* 7. §. 1. *D. de compensat.*

51) *L.* 8. §. 2. *D. h. t.* Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi. Quodsi post examinationem reprobatae fuerint pensationes, verius est, quasi re iudicata, amplius agi contrario iudicio non posse: quia exceptio rei iudicatae opponenda est. S. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. (Schwerin und Wismar 1795. 8) Nr. 6. S. 66.

52) *L.* 23. *Cod. h. t.*

hätte das von mir reparirte Haus von dem Eigenthümer als ein Vermächtniß, oder zum Geschenk erhalten [53]).

§. 426.

Grund der actionis N. G. contrariae.

Uebrigens setzt nun die actio negotiorum gestorum contraria immer voraus, daß das Geschäft zum Nutzen des Principals verrichtet worden sey. Ist dieses, so schadet 1) ein Irrthum in der Person desjenigen, dessen Geschäfte der Kläger besorgt hat, nichts, wie bereits oben (S. 350.) bemerkt worden ist. Es schadet auch 2) nichts, wenn der Eigenthümer durch Zufall von der Besorgung keinen Nutzen haben sollte [54]); z. B. ich ließ dem Titius in seiner Abwesenheit sein beschädigtes Haus ausbessern, oder sein krank gewordenes Pferd curiren, das Haus ist aber nachher durch einen unvermutheten Zufall abgebrannt, oder das curirte Pferd verunglückt. Hier kann ich dennoch meine Auslagen ersetzt verlangen. Der eingetretene Unglücksfall hebt diese Verbindlichkeit des Eigenthümers nicht auf: nam casum sentit dominus. Es ist genug, wenn das Geschäft von Anfang für den Principal nützlich gewesen ist [55]). Es finden jedoch Ausnahmen Statt. Dahin gehört,

a) wenn sich der Kläger blos aus Gewinnsucht, und um seines eigenen Vortheils willen, nicht aber in der Absicht, den Nutzen des Eigenthümers zu befördern, in dessen Geschäfte eingemischt hat. In diesem Falle kann der N. G. nur

53) Schmidts Commentar 4. Band. §. 1077. S. 334.

54) *L.* 10. §. 1. *L.* 22. *D. h. t.*

55) *L.* 12. §. *D. eodem.*

nur in soweit einen Ersatz verlangen, als der Eigenthümer wirklichen Vortheil von seiner Einmischung hat.

b) Wenn die Geschäfte eines Pupillen sind besorgt worden. Dieser haftet auch nicht weiter, als in sofern er sich zur Zeit der angestellten Klage von dem für ihn geführten Geschäft annoch reicher befindet [56]). Man sieht hier auf den Anfang der Geschäftsführung, wenn also der Eigenthümer nur zu der Zeit, als man sich seinen Geschäften unterzog, noch unmündig war, so schadet es nichts, wenn er auch nachher, während der Verwaltung seiner Geschäfte, die Mündigkeit erreicht hätte [57]). Wäre jedoch der negotiorum gestor dem Pupillen ebenfalls schuldig, so kann er sich gegen die Klage derselben mit der Einrede der Compensation schützen [58]).

c) Wenn der negotiorum gestor den Unglücksfall durch seine Fahrläßigkeit verursacht hat, wodurch der beförderte Nutzen wieder verlohren gegangen ist [59]).

Dahingegen fällt nun die Klage ganz weg, 1) wenn die Geschäftsführung gleich Anfangs für den Eigenthümer ohne Nutzen war; wenn auch gleich der negotiorum gestor wirklich geglaubt hätte, des Eigenthümers Nutzen zu befördern [60]). Z. B. Titius hat ein baufälliges Haus dere-

56) *L.* 37. *D. h. t. L.* 2. *Cod. eodem. L.* 47. §. 1. *D. de Solution.*

57) *L.* 15. *D. h. t.*

58) *L.* 3. §. 4. *D. h. t.*

59) *L.* 22. *D. h. t.*

60) *L.* 10. §. 1. *in fine D. h. t.*

derelinquirt, weil es der Reparaturkosten nicht werth war. Ich habe dieses Haus mit vielen Kosten wieder in Stand setzen lassen. Hier kann ich keinen Ersatz der verwandten Unkosten von dem Eigenthümer verlangen. Non enim utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, adgreditur, sagt Celsus [61]. Eben dieses findet Statt, wenn die für den Abwesenden unternommene Reparatur gar nichts taugt. Sind mehr Kosten aufgewendet worden, als nöthig war, so kann der negot. gestor nur diejenigen Kosten ersetzt verlangen, mit welchen das übernommene Geschäft füglich hätte bestritten werden können [62]. In allen diesen Fällen findet jedoch eine Ausnahme Statt, wenn der Eigenthümer das Verfahren des Geschäftsführers dennoch genehmiget, wenn gleich das Geschäft für ihn wenig oder keinen Nutzen hat [63]. Es

61) *Cit.* §. 1. *L.* 10. *D. h. t.*

62) *L.* 25. *L.* 31. §. 4. *D. h. t.*

63) *L.* 9. *D. h. t.* POMPONIUS scribit, si negotium a re, quamvis male gestum, probavero: negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat: nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? Sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. SCAEVOLA: immo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse: sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum. Et quemadmodum, quod utiliter gestum est, necesse est apud iudicem pro rato haberi; ita omne, quod ab ipso probatum est. Caeterum si, ubi probavi, non est negotiorum gestio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim? quemadmodum recipiam? Item si vendiderit? ipse denique, si quid impendit, quemadmodum recipiet? nam utique mandatum non est. Erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. Ueber die

Es wird jedoch durch eine solche Genehmigung das Geschäft keineswegs in ein mandatum verwandelt. Denn man sieht bey jedem Geschäft auf den Anfang desselben [64]). Es findet daher, der geschehenen Ratihabition ungeachtet, dennoch auf beyden Seiten die actio negotiorum gestorum Statt, und die Genehmigung des Geschäftsherrn hat nur die Wirkung, daß wegen der schlechten Geschäftsführung nicht weiter geklagt werden kann. Denn was ich einmal gebilliget habe, kann ich nachher nicht mehr mißbilligen. Dieses war unstreitig die Meinung des Pomponius, wenn dieser in dem angeführten Gesetz behauptete, daß nach geschehener Genehmigung der negotiorum gestor nicht weiter belangt werden könnte, nämlich wegen der schlechten Geschäftsführung, wie ihn Scävola ganz richtig versteht. Deswegen kann aber doch der Eigenthümer auf Ablegung der Rechnung und Herausgabe dessen, was der N. G. noch in Händen hat, eben so gut, als der Geschäftsführer auf Erstattung seiner Auslagen und Unkosten klagen, wie Scävola zur näheren Erläuterung und Berichtigung der Meinung des Pomponius noch bemerkt [65]).

3) Wenn

die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle vergleiche man SCHMID Diss. ad h. Tit. pag. 112. sqq.

64) *L.* 8. *pr. D. mandati.* *L.* 20. §. 1. *D. eodem.* *L.* 20. *Cod. fam. ercisc.*

65) *Io.* ALTAMIRANUS in Commentar. ad Lib. I. Quaestion. Scaevolae Tract. I. ad L. 9. h. t. (Tom. II. *Thes. Meermann.* pag. 378.) versteht zwar die L. 9. cit. anders. Er glaubt, Scävola führe den Pomponius nicht in der Absicht an, um dessen Meinung näher zu erläutern und zu berichtigen, sondern um sich gegen den Pomponius zu rechtfertigen, der ihm

2) Wenn man ein fremdes Geschäft blos aus Liebe und Freygebigkeit (ex pietate et animo donandi) besorgt hat, ohne die Absicht gehabt zu haben, den Andern zu einigem Ersatz verbindlich zu machen. Hier findet die actio negotiorum gestorum contraria nicht Statt, wenn man auch noch soviel aufgewendet hätte. Im Zweifel kann jedoch animus donandi nicht vermuthet werden, sondern es ist hier auf das Verhältniß der Partheyen gegen einander und auf die besondern Umstände zu sehen. Paulus [66]) erzählt hiervon folgenden Rechtsfall. Eine Großmutter hatte die Geschäfte ihres Enkels besorgt, und unter andern auch Alimentgelder für selbigen bezahlt. Nach beyder Tode belangten die Erben des Enkels die Erben der Großmutter mit der actione negotiorum gestorum. Letztere brachten die von ihrer Erblasserin aufgewandten Alimentgelder in Gegenrechnung, und verlangten deren Vergütung. Die Kläger replicirten, diese Vergütung könne nicht gefordert werden; die Großmutter habe aus Liebe ihren Enkel umsonst ernährt, denn sie hätte nicht gehörigen Orts auf Bestimmung der Verpflegungsgelder angetragen. Die Beklagten erwiederten hierauf, es müsse erst erwiesen werden, daß dieses die Meinung der Großmutter gewesen sey, weil sie die übrigen Geschäfte des Enkels für dessen Rechnung besorgt habe. Paulus entscheidet die-

ihm in seinen Schriften die Meinung aufgebürdet habe, als ob nach erfolgter Ratihabition des Eigenthümers die actio negotiorum gestorum schlechthin wegfalle. Allein der ganze Zusammenhang der angeführten Stelle widerspricht dieser Erklärung, wie *Io. Lud.* CONRADI in Comment. de sententia cap. VIII. Tit. Dig. de neg. gestis adversus *Io.* ALTAMIRANUM. *Lipsiae* 1757. 4. sehr gründlich gezeigt hat.

66) *L.* 34. *D. h. t.*

diesen Fall folgendermaßen. Es komme alles auf die besondern Umstände in facto an. Diese müßten den Ausschlag geben, was die Meinung der Großmutter gewesen sey. Denn die Großmutter sey nicht schlechterdings verbunden, ihren Enkel ohne Vergütung zu unterhalten, besonders wenn desselben Vater noch gelebt, oder der Enkel eigenes Vermögen hätte. Können daher die Erben der Großmutter erweisen, daß ihre Erblasserin sich die Vergütung der Alimente ausdrücklich ausbedungen, oder über diese Ausgabe förmliche Rechnung geführt habe, so sind sie mit dieser Forderung nicht abzuweisen.

Man sieht aus dieser Entscheidung, daß, wenn leibliche Eltern für ihre Kinder etwas aufgewendet haben, so lange vermuthet werden müsse, daß solches aus Liebe und Zuneigung geschehen sey, ohne deswegen eine Vergütung zu fordern, bis das Gegentheil erwiesen ist. Eben dieses ist auch in andern Gesetzen deutlich verordnet [67]). Haben hingegen Stiefeltern für ihre Stiefkinder Auslagen gehabt, so ist im Zweifel eher zu vermuthen, daß sie solche animo repetendi, als animo donandi verwendet haben. Es liegt daher den Stiefkindern billig der Beweiß ob, wenn sie das letztere behaupten, dahingegen leibliche Kinder mit diesem Beweiß zu verschonen sind [68]). Endlich

3) findet die actio N. G. contraria auch dann nicht Statt, wenn der Kläger den Aufwand aus eigener Schuldigkeit gemacht hat. Z. B. der Ehemann hat auf

67) *L.* 44. *D. h. t. L.* 11. *Cod. h t.*

68) *L.* 11. *et L.* 15. *Cod. h. t. de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 10. und WALCH Introduct. in controv. iur civ. Sect. II. membr. 2. §. 8.

auf die Cur seiner kranken Frau viel Kosten verwandt. Eine Vergütung dieser Kosten kann nicht gefordert werden, weil der Ehemann sie aus Schuldigkeit verwendet hat, denn sie gehören ad onera matrimonii [69]).

In den beyden letztern Fällen findet darum die actio neg. gestorum nicht Statt, weil der Kläger die Absicht, den Beklagten zu verbinden, nicht hatte, oder den Rechten nach nicht haben konnte.

69) *L.* 13. *Cod. h. t.* Schmidts Commentar über s. Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen. 4. Band. §. 1079.

Lib. III. Tit. VI.
De Calumniatoribus.

---

§. 427. u. 428.

Verschiedene Bedeutung des Worts *Calumnia* und *Calumniator*.

Das Wort *Calumnia* bedeutet im rechtlichen Verstande überhaupt eine dolose Handlung, wodurch man den Andern unter dem Schein des Rechts beleidiget; was man überhaupt Chicane nennt [70]. Sie begreift daher auch die Concußion unter sich, wenn man unter dem Schein des Rechts etwas von dem Andern widerrechtlich erpreßt [71]. Z. B. ein Zollbeamter giebt fälschlich vor, daß Zoll gegeben werden müsse, und hält die Waaren so lange zurück, bis ihm der Zoll, der ihm gar nicht gebührte, entrichtet worden ist [72]. Insonderheit aber verstanden die Römer unter *calumnia*, oder Chicane in bürgerlichen Processen, eine grundlose gerichtliche Klage, die man wider bessere Ueberzeugung anstellte, oder grundlose Einwendungen, die man blos aus Bosheit vorschützte, und durch welche man das Recht

70) *L.* 233. *D. de Verb. Signif.* Man sehe *Constant. Iac. van* RENNESSE Diss. de coercitione accusatorum. Cap. II. §. 1. *Traj. ad Rhen.* 1724. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissert. Belgicar. novo* Vol. I. Tom. II. pag. 586. sqq.) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1116.

71) S. *Henr.* BRENCMANNI libr. sing. de Lege Remmia et de fatis calumniatorum sub Imperatorib. cap. 20. (in *Thes. iur. Rom. Ottonian.* Tit. III. p. 1628.)

72) *L.* 7. §. *fin. D. h. t.* POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. III. not. f.

Recht des Klägers zu vereiteln suchte [73]). Man vermische damit nicht *temeritatem litigandi*, denn diese ist von grösserem Umfange. Nicht nur derjenige macht sich einer *temeritatis* schuldig, welcher gegen seine Ueberzeugung vor Gericht klagt, oder sich vertheidiget, sondern auch derjenige, welcher ohne einen ausreichenden Grund, gleichsam aufs Gerathewol, einen Proceß anfängt. Sie faßt also nicht immer dolum oder calumniam in sich, sondern kann auch unverzeihliche Fahrläßigkeit zum Grunde haben [74]). Im bürgerlichen Proceß hieß also derjenige *calumniator*, der seinen Mitbürger gegen bessere Ueberzeugung in einen grundlosen Proceß verwickelte, oder als Beklagter chicanirte. Im peinlichen Proceß nannte man hingegen *calumniatores* diejenigen, welche wider unschuldige Personen aus Bosheit falsche Anklagen anstellen [75]). Allein hier ist von einer besondern Gattung der *calumniae* die Rede, welche darin besteht, wenn sich Jemand durch Geld oder Geldeswerth gewinnen läßt, um einem andern entweder einen chicanösen Prozeß anzuhängen, oder davon abzustehen. Diejenigen, welche sich einer solchen calumniae schuldig machen, werden hier *Calumniatores* genennt. Ob sie wirklich Geld empfangen haben,

73) PAULUS *Sentent. Receptar.* Lib. I. Tit. 5. §. 1. sagt: CALUMNIOSUS est, qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat. Add. *L.* 6. *Cod. de administr. tutor. Cap.* 5. *X. de dolo et contum.* NOODT in Commentar. ad h. Tit. pag. 101.

74) Die Richtigkeit dieser Begriffe hat aus vielen Stellen der Classiker sehr gründlich dargethan Jac. Frid. Georg Emmerich über die Proceßkosten, deren Erstattung, und Compensation. 1. Th. §. 8. und 9.

75) Vid. *Tit. Cod. de calumniatoribus.* (IX. 46.)

oder ob ihnen eine Sache für einen geringen Preiß verkauft, oder verpachtet, oder eine Schuld erlassen, oder sonst etwas gegeben worden, um entweder mit Jemand einen grundlosen Proceß anzufangen, oder um einen solchen Proceß, den sie anstellen wollten, zu unterlassen, ist einerley [76]).

§. 429.

Verschiedene Klagen, die wegen einer calumniae Statt finden.

Gegen eine solche Calumnie haben nun verschiedene Rechtsmittel Statt. Man unterscheide folgende Fälle.

1) A. giebt dem B. Geld, um mir einen muthwilligen Proceß zu erregen. Hier kann ich gegen den A. die Injurienklage, gegen den B. aber actionem in factum de calumniatoribus anstellen, vermöge welcher man binnen einem Jahre auf das Vierfache desjenigen, was der Calumniator empfangen hat, nach Verlauf eines Jahres aber nur auf das Einfache des empfangenen Geldes klagen kann [77]).

2) A. hat dem B. Geld gegeben, daß er mich mit einem ungerechten Proceß verschonen möchte, den er wider mich anstellen wollte. Hat A. dieses in meinem Namen gethan, als mein Procurator, oder als negotiorum gestor, und ich habe es auch genehmiget, so ist es so gut, als ob ich das Geld selbst gegeben hätte. Hat aber A. dem B. das Geld ohne meinen Auftrag gegeben, und ich habe es auch nachher nicht ratihabirt, so kann nicht nur A. das Gegebene mit der condictione ob turpem causam zurückfordern, sondern auch ich kann gegen den B. mit der actione de calum-

76) L. 1. §. 4. L. 2. L. 3. *pr. et* §. 2. *D. h. t.*

77) L. 1. *pr. D. h. t.*

calumniatoribus auf das Vierfache klagen [78]). Diese Klage ist hier eine actio mere poenalis, weil der Kläger das quadruplum blos zu seinem Gewinn vom Beklagten als Strafe erhält. Ausserdem ist die actio de calumniatoribus eine actio rei et poenae persecutoria [79]).

3) A. drohet mir mit einer ungerechten Klage, ich gebe ihm Geld, daß er mich nicht chicaniren möchte. Hier habe ich die Wahl, ob ich will mit der condictione ob turpem causam das Gegebene zurückfordern, oder mit der actione in factum de calumniatoribus auf das quadruplum klagen [80]). Habe ich mit der letztern Klage das Vierfache erhalten, so fällt die condictio ob turpem causam weg. Habe ich aber diese Condiction zuerst angestellt, so kann ich nachher noch mit der actione in factum de calumniatoribus auf das triplum klagen [81]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die actio de calumniatoribus nicht auf die Erben geht. Sie steht also

1) den Erben des Klägers nicht zu, weil sie, gleich der Injurienklage, als eine actio vindictam spirans angesehen wird, welche man für erlassen hält, wenn sie der Bei-

78) L. 7. *pr. D. h. t.*

79) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4053. in fin. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. 5. Band. §. 1283.

80) *L.* 5. §. 1. *D. h. t.*

81) Man sehe POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. X. not. b. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. Anderer Meinung ist jedoch *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. pr. Dig. h. t. §. 2. in fin.

leidigte bey seinem Leben nicht angestellt hat [82]). Ist dies aber geschehen, und die Einlassung auf die Klage erfolgt, so kann sie der Erbe fortsetzen. Wenn indessen der Verstorbene Geld gegeben hat, damit er durch keinen muthwilligen Proceß beunruhiget würde, so kann sein Erbe das Gegebene wenigstens mit der condictione ob turpem causam zurückfordern [83]).

2) Gegen die Erben des Beklagten hingegen findet sie nur in sofern Statt, als dieselben durch das Gegebene sich bereichert haben, und also davon etwas auf sie gekommen ist. Nam turpia lucra etiam heredibus sunt extorquenda [84]).

§. 430.

Heutiger Gebrauch der actionis in factum de calumniatoribus.

Ueber den heutigen Gebrauch der actionis de calumniatoribus sind die practischen Rechtsgelehrten nicht einig. Unser Verfasser läugnet denselben mit mehreren Rechtsgelehrten [85]) gänzlich, weil sie eine Pönalklage ist, das Strafrecht

82) NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 103. Schmidt im angeführten Commentar. §. 1281.

83) L. 4. *D. h. t.*

84) L. 5. *pr. D. h. t.*

85) STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. VII. Th. 60. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 12. THOMASIUS in Diss. de usu actionum poenalium iur. Rom. in foris Germ. Cap. III. §. 13 *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. *Mich. God.* WERNHER lectiss. commentat. ad Pandect. h. t. §. 3. und MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 182.

recht aber heutiges Tages der Obrigkeit, und nicht mehr Privatpersonen zustehe. Wenigstens könnte heutiges Tages nicht mehr auf das quadruplum geklagt werden, sondern nur auf das Interesse, und der Calumniant wäre von dem Richter willkührlich für seine Chicane zu bestrafen. Allein so ausgemacht ist dieses noch nicht, daß sich hier ein gewisser Gerichtsgebrauch behaupten ließe, indem viele der Praxis vollkommen kundige Rechtsgelehrte [86]) das Gegentheil behaupten, deren Meinung sich auch darum vollkommen rechtfertigen läßt, weil es auf Seiten des Calumniirten oft schwer hält, das Interesse zu beweisen, und überdem die Klage auch den Nutzen gewährt, daß dadurch muthwillige Processe verhütet werden.

86) *Io.* BRUNNEMANN ad L. fin. D. h. t. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. X. thes. 74. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. XI. Th. 15. not. 6. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 2. LEYSER Meditat. ad Pandect. specim. LVI. med. 1. et 2. Man sehe auch Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 5. Th. §. 1284. und EMMINGHAUS ad *Coccejum.* h. t. Qu. 1. not. v.

Lib. IV. Tit. I.

De in integrum restitutionibus.

---

§. 431.

Begriff der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, restitutio in integrum [87]), in sofern man darunter überhaupt ein ausserordentliches Rechtsmittel versteht, wodurch eine Person ihre vorigen Rechte wieder bekommt [88]), kann sowohl in peinlichen als bürgerlichen Sachen ertheilet werden. Die Restitution in peinlichen Sachen geschieht entweder aus bloßer Gnade oder aus Gerechtigkeit. Wenn

87) Die vorzüglichsten Schriften über diese Materie sind: *Sfortia* ODDUS de restitutione in integrum. *Venet.* 1584. fol. (Tom. II. *Tractatuum de in integrum restitutionibus. Frfti* 1586. *fol.*) *Dompierre de* IONQUIERES Specimen de restitutionibus in integrum sive Commentarius ad Titulos Pandectarum, qui ad illam materiam pertinent, VII. priores libri IV. et VIum libri XXVII. *Lugd. Batavor.* 1767. 8. *Christ. Gottl.* BIENER Historia iur. civ. de restitutionibus in integrum. *Lipsiae* 1779. 4. und *Io. Lud.* SCHMID sive *Iust. Val. Io.* PHILIPPI Diss. de restitutione in integrum, num sit beneficium reale an personale? *Ienae.* 1777. 4.

88) Das Wort restitutio wird in den Gesetzen auch von Sachen gebraucht, welche auf Befehl der Obrigkeit wieder in den vorigen Stand gesetzt werden müssen. L. 2. §. 43. *D. ne quid in loco publ.* L. 10. §. 1. *D. quib. mod. ususfr. vel us. amitt.* Allein diese Bedeutung gehört nicht hierher.

Wenn nämlich Jemand eines angeschuldigten Verbrechens wegen verurtheilt worden, dem nach schon vollzogener Strafe die Folgen derselben z. B. die Infamie erlassen, und die verlohrnen Ehrenstellen und Güter wiederhergestellet werden, denn dies ist die Restitution in peinlichen Sachen, wie Kr. Antonin [89]) sie selbst erklärt; so geschieht solches entweder darum, weil der Verurtheilte seine Unschuld bewiesen, oder weil ihn der Landesherr begnadiget hat. In dem erstern Falle wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand *restitutio ex capite iustitiae*, in dem letztern aber *restitutio ex capite gratiae* genennt. Von dieser ist im Criminalrecht zu handeln. Hier reden wir von derjenigen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche in einer Civilsache ertheilt wird. Diese kann in einer zweyfachen Rücksicht betrachtet werden, nämlich als eine Rechtswohlthat, um die man bitten muß, und dann als eine Handlung des Richters, welcher die gebetene Restitution ertheilt. In jener erstern Rücksicht versteht man unter der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eine subsidiarische Rechtswohlthat, welche zum Besten derjenigen ist eingeführt worden, die durch die Strenge des Civilrechts einen unbilligen Verlust an ihrem Vermögen oder an ihren Rechten erlitten haben, und vermöge welcher sie bey der Obrigkeit bitten können, daß wegen einer vorhandenen rechtmäßigen Ursach der Billigkeit entweder das nachtheilige Geschäft

89) L. 1. *Cod. de sentent. passis et restit.* wo es heißt: Ut autem scias, quid sit in *integrum restituere;* ego te honoribus, et ordini tuo, et omnibus ceteris te restituo. S. Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 2. Th. §. 111. S. 258. und Grollmanns Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 167.

schäft wieder aufgehoben, oder ihnen sonst der Schaden ersetzt werde. Gewöhnlich sagt man zwar, die Wiedereinsetzung in einer Civilsache sey die Wiederaufhebung eines nach dem strengen Recht gültigen, aber doch nachtheiligen Geschäfts, welche aus einer gerechten Ursache geschieht[90]; allein dieser Begriff ist darum zu eng, weil die Restitutionsklage bisweilen nur auf eine Leistung des Interesse geht, ohne daß das schädliche Geschäft dadurch rescindirt wird; z. B. wenn propter alienationem iudicii mutandi causa factam Restitution gesucht wird. Wenn Paulus[91]) sagt: *integri restitutio* est redintegrandae rei vel causae actio, so meint zwar Voet[92]), daß auch dieser Begriff unvollständig sey, weil die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch per modum exceptionis gesucht werden könne. Allein dieser Fall ist in dem Begriff des Paulus nicht ausgeschlossen, sondern das Wort *actio* wird hier im weitläuftigen Verstande für ein jedes gerichtliches Rechtsmittel[93]) genommen, und begreift daher auch die Exception unter sich[94]). Diese Bedeutung ergiebt sich aus dem Begriffe selbst. Denn Paulus schreibt der Restitution eine zweyfache Wirkung zu; 1) effectum *redintegrandae rei*, und 2) effectum *redintegrandae causae*. Nun heißt aber *res redintegratur*, wenn mir die Sache, welche ich durch

90) S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1002.

91) *Sentent. Receptar.* Lib. I. Tit. VII. §. 1.

92) Commentar. ad Dig. h. t. §. 1.

93) S. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. vet. Antejustin. ad. cit. PAULI loc. not. 3. pag. 233.

94) *L.* 1. *D. de except.* Agere etiam is videtur, *qui exceptione utitur;* nam reus in exceptione actor est.

durch den Dolus oder durch einen widerrechtlichen Zwang des Andern aus den Händen zu geben veranlaßt worden bin, wieder zurückgegeben werden muß. *Causa redintegratur* hingegen heißt, wenn ich mich zu einer nachtheiligen Prästation verbindlich gemacht habe, und diese Verbindlichkeit, re adhuc integra, aufgehoben wird [95]). Hier kann aber, wie Ulpian [96]) sagt, die Restitution nie anders als per modum exceptionis gesucht werden.

Betrachtet man endlich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als eine Handlung des Richters; so versteht man darunter diejenige gerichtliche Handlung, vermöge welcher Jemand, der durch die Strenge des Civilrechts eine unbillige Verletzung erlitten hat, aus einer gerechten Ursache vom Richter entweder gegen die Folgen des eingegangenen schädlichen Geschäfts geschützt, oder ihm sonst zu dem Seinigen wieder verholfen wird. In dieser Bedeutung sagen die Gesetze, die Restitution sey eine redintegratio causae, stricto iure civili amissae [97]); ferner eine instauratio negotii [98]).

Uebrigens erhellet aus den gegebenen Begriffen, daß die Strenge des alten Civilrechts, welches durch sein Formelwesen schlechtgesinnten Menschen häufige Gelegenheit gab, unter

95) So erklärt ISIDORUS Origin. Lib. V. cap. 25. den Paulus, wenn er sagt: *Causa redintegratur*, quae vi potestatis expleta non est; *Res redintegratur*, quae vi potestatis ablata atque extorta est. Man sehe auch HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. German. Th. II. §. 805.

96) *L. 9. §. 3. D. Quod metus caus.*

97) *L. 2. C. in quib. caus. in integrum restit. necess. non est.*

98) *L. 2. Cod. Si adv. transact.*

unter den Deckmantel desselben Ungerechtigkeiten zu begehen, zur Einführung der Restitution in Civilsachen die nächste Veranlassung gegeben habe [99]. Das meiste verdankt unser Recht hierin der Billigkeit des Prätors, dessen Beyspiel nachher auch die römischen Kaiser und Päbste nachfolgten [100].

§. 432.

Verschiedene Eintheilung der R. i. i.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann man aus einem dreyfachen Grunde eintheilen.

1) Nach Verschiedenheit der Art, wie sie ertheilet wird, ist sie entweder restitutio in integrum *ordinaria*, oder eine solche, *quae fit brevi manu*, je nachdem sie entweder eine vorhergehende Vernehmung des Gegentheils erfordert, oder auf das bloße Gesuch des Imploranten ertheilet wird, ohne zuvörderst den Gegentheil mit seinen Einwendungen darüber zu hören. Die letztere kommt besonders im Proceß vor, wenn Nothfristen verabsäumt worden sind, und die Rechtmäßigkeit der Restitutionsursache entweder aus den Acten ganz liquid, oder durch das Vorbringen des Imploranten ausser allen Zweifel gesetzt ist [1].

2) Nach

99) S. BIENER in cit. histor. iur. civ. de restitution. in integr. Cap. II.

100) Gewiß die beste Rechtfertigung gegen die Vorwürfe, die man den Prätoren wegen der Einführung der Restitutionen gemacht hat, wogegen sie vortreflich vertheidiget. *Io.* RICHEI in Vindiciis praetoris Romani et iuris honorarii. *Lugd. Batavar.* 1748. S. §. XIII.

1) S. SCHNEIDER Diss. de restitutione in integrum brevi manu adversus lapsum fatalium in processu civili. Halae 1721. und *Io. Christ.*

2) Nach Verschiedenheit der Gesetze, durch welche sie eingeführt worden ist, ist sie entweder restitutio in integrum *Romana* oder *Canonica*. Die letztere ist diejenige, welche nach dem kanonischen Rechte einer Kirche oder einem andern pio corpori im Falle einer erlittenen Läsion ertheilet wird [2]). Die erstere ist wieder von zweyerley Art, entweder *praetoria* oder *civilis*, je nachdem sie entweder durch die Edicte der Prätoren, oder durch die neuern Civilgesetze ist eingeführt worden.

Die restitutiones in integrum civiles lassen sich füglich auf zwey Classen reduciren, einige sind ad exemplum et analogiam praetoriae restitutionis eingeführt worden, wie z. B. die restitutio reipublicae [3]); andere nicht [4]). Zu dieser letztern Gattung rechnet man

a) die Restitution bey einem Kauf wegen einer Verletzung über die Hälfte [5]); welches Rechtsmittel (remedium ex

Christ. ESCHENBACH Diss. de restitutione in integrum, quae fit brevi manu, praes. *Ad Frid.* REINHARD def. *Bützovii* 1778.

2) *Car. Frid.* KÜHNE Specim iurid. de beneficio restitutionis in integrum ecclesiae contra praescriptionem denegando. Helmstadii 1791. 8.

3) *L.* 3. *C. de iure reipubl.* Rempublicam, ut pupillam, extra ordinem iuvari moris est. Man sehe auch *L.* 4. *C. quib. ex caus. maiores. L.* 1. *C. de officio eius, qui vice alt. iudic.*

4) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 1. verwirft zwar diesen Unterschied, und meint, daß alle Restitutionen ihren Ursprung aus dem prätorischen Rechte herleiteten. Die Civilgesetze hätten nur hin und wieder das prätorische Recht näher bestimmt. Allein man sehe dagegen EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. w.

5) Man konnte zwar schon vor der *L.* 2. *C.* de resc. vendit. wegen einer solchen Verletzung die Restitution suchen, wenn nur die Verletzung nicht ganz unerheblich war. Dieses erhellet aus *L.* 2.

ex L. 2. C. de rescind. vendit.) die Praxis auch auf andere Contracte ausdehnt, die eine Gleichheit wechselseitiger Leistungen erfordern.

b) Die Restitution gegen ein Endurtheil, das sich auf falsche Urkunden gründet. (Restitutio ex L. 33. D. de re iudicata.) Nach dem neuern röm. Rechte ist jedoch ein solches Urtheil ganz nichtig, und erlangt nie die Rechtskraft [6]). Unser Verf. berührt bey dieser Gelegenheit (Not. d.) die Frage: ob wegen neu gefundener Urkunden die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß gesucht werden könne? Es kommt hier vor allen Dingen darauf an, ob die Restitution in einer causa publica, die das Beste des Staats betrift, der in einer Privatsache, die blos das Privatinteresse des Imploranten betrift, gesucht wird. In dem ersten Falle findet die Restitution aus dem angeführten Grunde contra rem iudicatam nach ausdrücklicher Verordnung der Gesetze Statt [7]). In dem letztern Falle hingegen ist wieder zu entscheiden, ob die Restitution von einer

L. 2. *D. depositi.* *L.* 12. §. 1. *D. de iure dot.* *L.* 54. *D. de emt. vendit.* Man sehe auch *Em.* MERILLII Observat. Lib. VI. cap. 16. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Mieth- und Pachtcontract §. 820. Allein den Kaisern Diocletian und Maximian gebührt doch das Verdienst, daß sie durch die Bestimmung der Grösse der Verletzung dem Richter eine bestimmte Vorschrift an die Hand gegeben haben, da vorher alles auf seinem Ermessen beruhte.

6) *Vid. tot. Tit. Cod. Si ex falsis instrum. vel testim. iudicatum sit.*

7) *L.* 35. *D. de re iudic.*

ner minderjährigen, oder von einer volljährigen Parthey gesucht wird. In jenem Falle findet das Restitutionsgesuch auch contra rem iudicatam Gehör [8]). Allein in dem letztern Falle läugnen viele Rechtsgelehrte [9]), daß ob instrumenta noviter reperta eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Urtheil gesucht werden könne, und für diese Meinung scheinen auch verschiedene Gesetze zu sprechen. Denn so sagt erstlich *L.* 35. *D. de re iudicata:* Sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oportet; und in der *L.* 4. *C. de re iudicata* heißt es: sub specie novorum instrumentorum, postea repertorum, res iudicatas restaurari, exemplo grave est. Es läßt sich indessen doch nicht so geradezu behaupten, daß deswegen bey Majorennen die Restitution ganz unstatthaft sey, wenn sonst eine rechtmäßige Ursach vorhanden ist. Denn es kann ja vielleicht durch den Dolus des Gegentheils geschehen seyn, daß der Sachfällige vorher keine Wissenschaft von den erst nachher entdeckten Urkunden zu erhalten im Stande war, oder es kann sich aus den Urkunden selbst ein dolus des Gegners offenbahren; ja wenn es auch, ohne Gefährde des Gegners, überhaupt ganz unmöglich gewesen wäre, ante rem indicatam von gewissen Urkunden Nachricht zu erhalten, die sich erst nachher gefunden haben,

8) *L.* 5. *C. Si advers. rem iudicat. L.* 2. *C. Si saepius in integr. restitut. postul.*

9) PUFFERDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 57. und Tom. II. Obs. 47. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. CCCCLXX. med. 3. et 4. SENCKENBERG de quadriennio, introducendo restitut. in integr. remedio, in summis imp. dicasteriis communi opinione praefinito. §. 2. (in EJ. Meditat. ius publ. privat. et histor. concernent. meditat. VIII. p. 418.)

haben, und welche nun das Recht des Sachfälligen ausser allen Zweifel setzen; so würde er mit Recht sagen können, daß er ohne seine Schuld verletzt sey, und es könnte ihm also unter diesen Umständen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Billigkeit nach wohl nicht abgeschlagen werden [10]). Dieser Behauptung sind auch die angeführten Gesetzstellen nicht entgegen, als welche nur soviel sagen, daß ob sola noviter reperta instrumenta kein rechtskräftiges Urtheil wieder aufgehoben werden solle, aber den Fall nicht ausschließen, wenn eine rechtmäßige Ursach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vorhanden ist [11]). Zu der letztern Gattung der bürgerlichen Restitution gehört endlich

c) die Restitution ex **L. 31. D. de jureiur.** welche in dem Falle Statt findet, wenn ein Rechtsstreit durch Ableistung eines gesetzlichen Eides, z. B. des Reinigungseides, welchen der Richter meinem Gegner aufgelegt hatte, entschieden worden ist, und ich nachher neue Beweißmittel finde, durch die ich mein Recht ausser Zweifel setzen kann. Endlich kann noch insonderheit

3) die prätorische Restitution nach Verschiedenheit ihrer Ursache, aus welcher sie ertheilt wird, eingetheilt werden. Sie gründet sich nämlich entweder auf eine im Edikt bestimmte Ursach, oder auf die allgemeine Clausel des Prätors:

10) Daß dieses auch der Praxis gemäß sey, ergiebt sich aus H. von Canngiessers Collect. Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I. Decis. 94. nr. 12. pag. 342. und Tom. II. Decis. 274. pag. 491. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. Lib. XLII. Tit. I. §. 26.

11) Man sehe vorzüglich MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. V. Fasc. I. Obs. 765.

tors: *item, si qua alia iusta causa esse videbitur, in integrum restituam*, von dieser werde ich beym §. 471. mit mehrerem handeln. Jene wird entweder wegen der Minderjährigkeit, oder wegen einer solchen Ursach ertheilt, aus welcher auch Volljährige in den vorigen Stand wieder eingesetzt werden können. Zu den Ursachen der letztern Art gehören Furcht und Zwang, Betrug, Capitisdeminution, Irrthum [12]), Abwesenheit, Veräusserung einer Sache in der Absicht, dem Andern sein Recht zu erschweren oder gar zu vereiteln, (alienatio iudicii mutandi causa facta) und die von einem concursmäßigen Schuldner zum Nachtheil seiner Gläubiger unternommene Veräusserung [13]).

§. 433.

Die Restitution muß gesucht werden. In wiefern kann dieses Gesuch durch einen Procurator geschehen?

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist eine Rechtswohlthat, die Niemandem ipso iure zusteht, sondern um deren Ertheilung man der Regel nach bitten muß. Sie wird also ordentlicher Weise von richterlichen Amtswegen nicht ertheilt, weil Wohlthaten Niemandem aufgedrungen werden. Nur im Proceß pflegt nach dem heutigen Gerichtsgebrauche

12) In der *L. 2. D. h. t.* geschieht des iusti erroris ausdrückliche Erwähnung. Beyspiele kommen vor *L. 1. §. 6. D. quod falso tutore auctore gestum esse dicetur. §. 33. I. de action. L. 11. pr. D. de except. rei iudic.* S. DOMPIERRE cit. Specim. de Restit. in int. Tit. VI. pag. 374. sqq.

13) *L. 1. L. 10. §. 22. D. Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.*

gebrauche zuweilen der Richter gegen den Ablauf einer Nothfrist die Restitution brevi manu zu ertheilen, ohne die Imploration der verletzten Parthey abzuwarten, wenn nämlich aus den Acten klar erhellet, daß dieselbe dabey ausser aller Schuld sey, und diese auch, um den Proceß fortsetzen zu können, die Restitution wünschen muß [14]). Das Gesuch um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann übrigens entweder von dem Verletzten selbst oder durch einen hinlänglich bevollmächtigten Anwald geschehen [15]). In der Regel wird zu diesem Gesuche eine besondere Vollmacht ererfordert [16]). Eine allgemeine Vollmacht zur Besorgung aller Geschäfte des Principals ist hierzu nicht hinreichend, wenn die Restitution hauptsächlich, per modum actionis, gesucht werden will [17]). Denn da durch die Restitution ein gülti-
ges

14) CARPZOV Respons. Lib. II. Resp. 95. nr. 19. seqq. HARPPRECHT Vol. nov. Consil. LXIX. nr. 27. seqq. de CANNGIESSER Decision. Hasso-Cassellan. T. II. Decis 255. nr. 19. *Gust. Henr.* MYLIUS Diss. de restitutione in integrum brevi manu contra rem indicatam. *Lipsiae* 1756. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 811. nr. II. Schmidt Commentar über s. Vaters Lehrb. von gerichtl. Klagen 5. Band §. 1442.

15) *L. un. Cod. Etiam per procurat. caus. restitut. in int. agi posse.*

16) *L.* 25. §. 1. *D. de Minorib.*

17) *L. cit.* 25. Qui vero generale mandatum de universis negotiis gerendis alleget, non debet audiri. Nach dem kanonischen Rechte hält man zwar ein mandatum generale cum libera für hinreichend, ob *cap.* 4. *et* 5. *de Procurat. in* 6. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. und HOFACER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 811. Allein man vergleiche hier, was davon in dem Titel de Procuratoribus §. 401. S. 293. vorgekommen ist.
Daß

ges Geschäft aufgehoben werden soll, so muß man auch Gewißheit haben, ob der Principal damit zufrieden ist. Ist es zweifelhaft, ob der Procurator mit einer besondern Vollmacht versehen sey, so muß Sicherheit wegen der Genehmigung des Principals bestellt werden [18]). Nur denn wird eine generelle Vollmacht für zuläßig gehalten, wenn die Restitution incidenter während des Processes gesucht wird, und eine so gerechte Ursach zur Restitution vorhanden ist, daß der Principal, wenn er gegenwärtig wäre, sie selbst gesucht haben würde [19]).

§. 434.

Wie ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen? Welches ist das forum competens der Restitutionsklage?

Die Restitution wird nun entweder hauptsächlich mittelst Anstellung einer eigenen Klage, oder bey Gelegenheit eines schon anhängigen Processes gesucht. Ersteres geschieht besonders in dem Falle, wenn das nachtheilige Geschäft, wogegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht wird, schon vollzogen ist. Ulpian [20]) führt

 indessen

Daß ein mandatum generale cum libera nicht hinlänglich sey, behaupten *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. und DOMPIERRE *de* IONQUIERES Specim. de restitut. in int. Tit. I. §. 27.

18) *L. 26. pr. D. de Minorib.*

19) MEVIUS Decis. P. V. Decis. 96. MYNSINGER Observat. pract. Cent. II. Obs. 26. nr. 24. CARPZOV Respons. iur. Lib. II. Resp. 99. nr. 12. SCHORCH Sentent. et Respons. Fac. iurid. Erford. Sent. 265. nr. 21. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. Lib. III. Tit. 3. Qu. 10. not. l.

20) *L. 9. §. 3. D. quod metus causa.*

indessen auch einen Fall an, wo bey einem noch unvollzogenen Geschäft die Restitution in einer Klage gesucht werden kann. Wenn mich z. B. Jemand durch widerrechtlichen Zwang genöthiget hätte, ihm eine Handschrift über eine gewisse Summe auszustellen, so kann ich zwar abwarten, bis er mich daraus belangt, und ihm dann die exceptionem metus illati entgegen setzen. Allein ich kann auch die actionem metus causa anstellen, und mittelst derselben auf die Zurückgabe und Cassation des widerrechtlich extorquirten Schuldscheins klagen. Hier entsteht nun

1) die Frage, bey welchem Richter die Restitutionsklage anzustellen sey? Ich muß zuvörderst bemerken, daß bey den Römern die Ertheilung der Restitution mehr zum imperium als zur Jurisdiction gerechnet wurde [21]). Daher konnten nur eigentlich diejenigen Magistratus Restitution ertheilen, welche ein imperium hatten, nämlich der Prätor, der praefectus Urbi, der Präses der Provinz [22]) u. d. m. Weil jedoch bey der Uebertragung der Gerichtsbarkeit auch das imperium mixtum auf den Stellvertreter übergieng [23]), so konnte auch bey einem solchen mandatarius die Restitution gesucht werden [24]). Dahingegen stand den magistratibus municipalibus diese Befugniß nicht zu [25]); welches auch nachher nicht von Justinian [26]) geändert worden ist, wie

21) *L.* 26. *pr. D. ad municipalem.*

22) *L.* 16. §. 5. *L.* 42. *D. de minorib.*

23) *L.* 5. §. 1. *D. de officio eius, cui mand. est iurisd.*

24) DOMPIERRE *de* IONQUIERES cit. Specim. h. t. §. 19.

25) *L.* 26. §. 1. *D. ad municipal.*

26) *L. ult. Cod. ubi et apud quem causa in int. restitut. agitanda sit?*

wie Cocceji[27]) behaupten will, indem die angeführte Verordnung dieses Kaisers nur bestimmt, in wiefern iudices pedanei und delegati Restitution ertheilen können, wie Strauch[28]) und Quintanaduegna[29]) gezeigt haben. Ja in gewissen Fällen konnte die Restitution sogar nur beym Kaiser gesucht werden, z. B. wenn sie gegen die Sentenz des Procuratoris Caesaris gesucht wurde[30]). Heutiges Tages kann jedoch jeder Richter Restitution ertheilen, wenn er nur die Civil-Gerichtsbarkeit hat, er mag eine iurisdictionem propriam oder mandatam oder delegatam haben[31]). Denn daß auch bey einem commissarischen Richter, wenn er zur Erörterung der Restitutionssache gesetzt ist, die Restitutionsklage angestellet werden könne, ist ausser Zweifel[32]). Nur bey einem Schiedsrichter findet das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht haupt-

 säch-

27) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

28) Ad quinquag. Decision. Iustiniani Exercit. III. Cap. 3.

29) De iurisdictione et imperio Lib. I. Tit. VII. nr. 26. sqq. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 240.) Man sehe auch WISSENBACH Comment. repetit. praelect. in libr. VII. Cod. ad L. 3. ubi et apud quem. pag. 124.

30) *L.* 1. *Cod. ubi et apud quem cognit.* *L.* 10. *L.* 18. §. 1—4. *D. de Minorib.* *L.* 3. *Cod. Si adv. rem iudicatam.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. und NOORDKERK Observation. decas Cap. 4.

31) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 11. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 817.

32) *L. ult. Cod. ubi et apud. quem.* RULAND Tr. de commissariis et commissionib. P. I. Lib. III. cap. 19. WERNHER lectiss. commentat. ad Pandect. h. t. §. 3.

sächlich Statt [33]), weil diesem keine richterliche Gewalt zusteht. Der iudex compedens ist übrigens derjenige, welchem der Beklagte, wider welchen die Restitution gesucht wird, unterworfen ist. Der Regel nach ist daher die Restitutionsklage in foro domicilii des Beklagten anzustellen [34]). Sie kann jedoch auch zuweilen in foro rei sitae angestellet werden, wenn sie entweder eine actio realis, wie zuweilen die actio rescissoria oder die Restitution der Minderjährigen, oder wenn sie eine actio in rem scripta ist, wie z. B. die actio metus causa, und die Klage wider den dritten Besitzer angestellet wird [35]). Ob auch in foro contractus die Restitution gesucht werden könne, ist streitig. Voet [36]) behauptet dieses. Cocceji [37]) hingegen giebt dies nur in dem Falle zu, wenn die Restitution mit der Klage, die aus dem Contract selbst entspringt, gesucht werden kann. Allein die verneinende Meinung, welche von den meisten Rechtsgelehrten [38]) behauptet wird, und in der Praxis angenommen

men

33) *L. ult. Cod. ubi et apud quem.*

34) *L.* 2. *Cod. ubi et apud quem cognit. restit. in int.*

35) *L. fin. Cod. ubi in rem actio. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. XV. Th. 8. not. 2.

36) Comment. ad Pand. h. t. §. 7. Man sehe auch *Iac. Henr.* FLEISCHMANN Diss. de foro contractus in actionibus contractum rescindentibus competente. *Giessae* 1751.

37) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 5.

38) *Io.* STRAUCH ad L. Decisiones Iustin. Exercit. III. cap. 3. nr. 30. sqq. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. Lib. V. Tit. 1. §. 49. in fin. BERGER Resolut. Legg. obstant. h. t. Qu. unic. Schmidts öffentliche Rechtssprüche IV. Abschn. Resp. 79. §. 1. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. h. t. Qu. 5.

men ist [39]), ist unstreitig gegründeter. Denn es widerspricht dem Wesen dieses Gerichtsstandes, hier, wo nur auf die Erfüllung des Contracts, und desjenigen, was dabey verabredet worden, mit der actione ex contractu geklagt werden kann [40]), eine Restitution darwider zu suchen. Man kann zwar zuweilen mit der Klage, die aus dem Contract entspringt, auf dessen Wiederaufhebung klagen. Allein es findet dieses doch nur dann Statt, wenn die Rescission auf einen gewissen Fall verabredet worden ist. Dies ist nun aber der Fall nicht bey der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, denn diese gründet sich auf keine obligationem ex contractu, sondern ist ganz gegen den Contract.

Er fragt sich ferner, 2) wie bey der Restitutionsklage das Gesuch um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand einzurichten sey? Nach dem römischen Rechte ist es bekanntermaßen streitig, ob man zur Restitution eines zweyfachen Rechtsmittels benöthiget gewesen sey? Die ältern Rechtsgelehrten [41]) behaupten es durchgehends, daß nach der rö-

 mischen

Qu. 5. not. c. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 817. not. c. und *Henr. Aug.* KNEISEN Diss. de foro contractus. *Goettingae* 1779. Cap. III. §. 3. sqq.

39) MEVIUS T. II. P. VI. Decis. 72. P. VIII. Decis. 104.

40) *L.* 19. §. 1. *L.* 20. *D. de iudic.*

41) SFORTIA ODDUS de in integrum restitutionibus P. I. Quaest. 33. Art. 1. DUARENUS ad Tit. Dig. de restitut. in integr. cap. 3. ZASIUS ad Tit. Institut. de actionibus pag. 56. GIPHANIUS Antinom. iuris civ. s. Disputat. ad Institut. Lib. IV. Disput. XXXVII. nr. 28. et 29. HAHN Observat. ad *Wesenbecium* Lib. IV. Tit. 2. nr. 5. HUBER Praelect. ad Pandect. h. tit. nr. 4. u. a. m.

mischen Gerichtsordnung zur Restitution ein zweyfaches iudicium nöthig gewesen sey, wovon das eine oder das vorbereitende, *iudicium rescindens*, das andere aber, oder die Hauptklage, *iudicium rescissorium* genennt wird. Mittelst des erstern habe man blos um die Aufhebung desjenigen, wodurch man Schaden gelitten, und um die Wiederherstellung des verlohrnen Rechts gebeten. Durch das letztere hingegen, welches erst nach geschehener Wiederherstellung des nach dem strengen Recht verlohren gewesenen Rechts Statt gefunden, habe man die Sache selbst wieder zu erlangen gesucht, welche einem durch die Läsion entzogen gewesen sey. Dieses habe also die Verhandlung der aus dem durch richterlichen Ausspruch wieder hergestellten Rechte entspringenden Hauptklage betroffen. Z. B. während meiner Abwesenheit hat Jemand etwas von meinen Sachen usucapirt. Nach der Strenge des Rechts ist hierdurch mein Eigenthum erloschen. Allein da ich aus einer rechtmäßigen Ursache abwesend war, so suche ich deßwegen die Restitution. Hier mußte ich vor allen Dingen um Aufhebung der Usucapion und Wiederherstellung des verlohrnen Eigenthums bitten. Dieses Gesuch hieß iudicium rescindens. Hatte der Prätor mittelst Decrets das Hinderniß meines Klagerechts aus dem Wege geräumt, und ich stellte nun die durch richterlichen Ausspruch wieder hergestellte Eigenthumsklage an, so war dieses das iudicium rescissorium. Daß bey diesem zweyfachen, in Ansehung des Gesuchs und der Wirkung von einander ganz verschiedenen Rechtsmittel nach der röm. Proceßform keine Cumulation Statt gefunden habe, sucht Anton Faber[42]) umständlich zu erweisen.

42) De Erroribus Pragmatic. Decad. VII. Err. 1.

sen. Die neuern Rechtsgelehrten [43]) hingegen verwerfen diesen Unterschied gänzlich, und glauben, daß er durch unrichtige Verwechselung dessen, was nach dem ordentlichen bürgerlichen Proceß der Römer bey Anstellung einer jeden Klage in iure, d. i. bey dem Prätor, und was in iudicio, d. i. bey dem iudex pedaneus verhandelt worden, entstanden, und in dem römischen Rechte gar nicht gegründet sey. Sie suchen ihre Meinung aus der römischen Proceßordnung selbst folgendermaßen zu erweisen. Sempronius hat während der Zeit, da Titius in Staatsangelegenheiten abwesend war, etwas von desselben Sachen usucapirt. Titius vocirt ihn nach seiner Zurückkunft in ius, und edirt ihm folgende Klage: aio rem, quam possides, meam esse iure Quiritium, nec tu usu eam cepisse. Daß man auf diese Art habe klagen können, ohne erst um die Aufhebung der Usucapion bitten zu dürfen, lehre Justinian [44]). Sempronius excipirt, er habe die in Anspruch

43) *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. Tit. Ex quib. caus. maiores pag. 129. *Arn.* VINNIUS select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 10. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 14. BACHOVIUS Comm. in prim. Part. Digest. pag. 954. sqq. DOMPIERRE *de* IONQUIERES Specim. cit. h. tit. §. 45. sqq. *Io. Aug.* SINNER Diss. de actione rescissoria. Traj. ad Rhen. 1697. §. 37—39. BIENER Histor. iur. civ. de restitut. in integr. Cap. II. pag. 12. HOFACKER Princip. iur. civil. T. II. §. 812.

44) §. 5. *I. de Actionib.* Si quis cum Reipublicae causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem eius, qui in civitate esset, usuceperit: permittitur domino, si possessor Reipublicae causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere: id est, *ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse.*

spruch genommene Sache bona fide und durch einen rechtmäßigen Titel an sich gebracht, und solche auch per tempus legitimum besessen, und folglich allerdings usucapirt. Titius replicirt, Sempronius möge immerhin die Sache per tempus lege definitum besessen haben, so sey dieselbe doch nach dem Edict des Prätors nicht für usucapirt zu halten, weil er reipublicae causa abwesend gewesen. Nach dieser Verhandlung der Sache vor dem Prätor sey den Partheyen ehemals ein iudex pedaneus gegeben worden, welcher die Wahrheit und Rechtsmäßigkeit der vorgegebenen Abwesenheit des Klägers untersucht, und nachher den Acten und Rechten gemäß erkannt hätte. Hieraus erhelle, daß mit der Bitte um die Restitution zugleich das Gesuch der vorigen Klage verbunden, und beydes uno iudicio verhandelt worden sey. Denn wäre die Aufhebung der Usucapion in einem besondern, von der Anstellung der nach dem strengen Recht verlohrnen Hauptklage verschiedenen iudicio geschehen, und letztere durch ein eigenes Decret restituirt worden, so wären die Worte in der Vindicationsformel: *possessorem usu non cepisse*, ganz überflüßig, und die gewöhnliche Formel: aio rem meam esse iure Quiritium, schon hinreichend gewesen [45]). Nun giebt es endlich noch

45) Man beruft sich noch insonderheit auf den §. 3. *I. eodem:* wo Justinian, ohne der Rescission zu gedenken, sagt: Plerumque ita permittit Praetor in rem agere, ut possessor dicat, *adversarium usu non cepisse, quod usuceperit.* In dieser Stelle macht jedoch das Wort *possessor* Schwierigkeit, weil eine actio in rem nicht von dem Besitzer der Sache, sondern gegen den Besitzer derselben angestellt wird. Man muß also entweder mit DOMPIERRE cit. Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 45. pag. 55. für *possessor petitor* lesen, oder den Ausdruck *possessor*

noch Rechtsgelehrten [46]), welche einen Unterschied machen, ob dasjenige, was man nach dem strengen Rechte verlohren hat, und um dessen Restitution man bittet, eine Sache oder eine Klage sey. In dem ersten Falle erfordere das röm. Recht kein zweyfaches indicium, sondern hier sey eine einzige Klage, nämlich die actio doli oder metus, hinreichend, um mittelst derselben sowohl die Aufhebung des nachtheiligen Geschäfts als die Restitution der wiederrechtlich entzogenen Sache zu bewirken. In dem letztern Falle hingegen, wenn nach dem strengen Rechte eine Klage erloschen und um deren Restitution gebeten wird, z. B. man ist durch den Dolus eines Andern, oder durch widerrechtliche Gewalt desselben veranlaßt worden, sich eines Anspruchs zu begeben, oder dem Schuldner eine Forderung zu erlassen, oder die Klage ist dadurch erloschen, daß man sie wegen Abwesenheit nicht binnen der gesetzlichen Zeit angestellt hat; in diesen Fällen sey nach dem röm. Rechte ein duplex iudicium nöthig, davon das eine die Imploration um die Wiederherstellung der verlohrnen Klage, das andere aber die von dem Prätor wiederhergestellte Klage selbst zum Gegenstand habe.

Daß sich bey der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Unterschied zwischen dem iudicio rescindente und rescissorio aus den römischen Gesetzen allerdings vertheidigen lasse,

possessor mit *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 3 I. de action. von dem ehemaligen Besitzer und Eigenthümer verstehen.

46) Diese Meinung haben besonders *Sam. de* COCCEJI in iure civ. controv. Lib. IV. Tit. 2. Qu. 3. und desselben Vater, *Henr.* COCCEJI in Disp. de diversitate rescindentis, ut vocant, et rescissorii iudicii, eiusque effectibus. *Frfti ad Viadr.* 1692. zu vertheidigen gesucht.

lasse, habe ich schon bey einer andern Gelegenheit ausführlich dargethan [47]). Wie wenig aber auch mit dem Gesuch um Restitution des verlohrnen Rechts das der daraus entspringenden Klage eigene Hauptgesuch nach dem römischen Rechte in einem Klaglibell habe verbunden werden können, lehrt theils die römische Gerichtsordnung [48]), theils erhellet dieses auch ganz deutlich daraus, weil zuweilen in dem iudicio rescindente nur diejenigen wenigen Tage restituirt wurden, welche dem Kläger zur Anstellung seiner nach dem strengen Recht verjährten Klage noch übrig waren [49]). Mußte nun die restituirte Klage binnen diesen Tagen präcis angestellt werden, so leuchtet es doch wohl in die Augen, daß die Verfolgung des wieder hergestellten Rechts von dem vorhergehenden Gesuche um Restitution des verlohrnen Rechts ganz verschieden gewesen seyn müsse. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so stimmen wenigstens darin unsere practische Rechtsgelehrten mit einander überein, daß es nach

47) S. meine Diss. de vita petendae restitutionis in integrum praetoriae Cap. II. Sect. II. (in *Opuscul. iurid* Fasc. II. pag. 401.) wo auch §. 25. die Gründe des DOMPIERRE geprüft und wiederlegt sind.

48) Cit. Diss. de vita pet. R. i. i. §. 24. pag. 474.

49) *L.* 26. §. 7. *et* 8. *D. Ex quib. caus. maior.* Quum feriae tempus eximunt, restitutio duntaxat ipsorum dierum facienda est, non totius temporis. Et ita IULIANUS *libro quarto Digestorum* scribit: ait enim, *rescissionem usucapionis ita faciendam, ut hi dies restituantur, quibus actor agere voluit, et interventu feriarum impeditus est.* Quoties per absentiam quis non toto tempore aliquem exclusit; ut puta rem tuam possedi, uno minus die statuto in usucapionibus tempore; deinde reipublicae causa abesse coepi; *restitutio adversus me unius diei facienda est.*

nach dem heutigen Gerichtsgebrauch jener Weitläufigkeit, welche bey den Römern die ihnen eigene Proceßform nothwendig machte, nicht mehr bedürfe [50]), sondern beydes das iudicium rescindens und rescissorium in einem einzigen Klagschreiben vorgebracht, und mit der Bitte um Restitution auch zugleich das Gesuch der vorigen Klage verbunden werden könne [51]). Der Kläger bittet daher in seiner Klageschrift, ihn wider das nachtheilige Geschäft in den vorigen Stand zu setzen, und den Beklagten dazu rechtlich anzuhalten, wozu er vermöge des dem Kläger wieder herzustellenden Rechts verbunden ist.

§. 435.

Wie wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand incidenter gesucht? Wer ist hier iudex competens?

Die Restitution kann nun auch bey Gelegenheit eines schon anhängigen Processes (incidenter) gesucht werden, und dies kann entweder vor der Sentenz, oder nach dem rechtskräftigen Erkenntniß geschehen. In dem letztern Falle muß man ein Restitutionslibell wider die Sentenz übergeben, und darin um Aufhebung der Rechtskraft

50) Lib. B. *de* CRAMER Observation. iur. univ. Tom. III. Obs. 889. §. 10. in fine sagt: *Distinctionem remediorum rescindentis et rescissorii ad inanem theoriam pertinere, dudum in praxi forensi explosam.* Man vergleiche noch STRYK Us. mod. Pandect. Lib. IV. Tit. 2. §. 5. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. VIII. Th. 2. et ibi MÜLLER ad *Eundem.* und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Lib. IV. Tit. 2. Qu. 3. not. n.

51) Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 65. Ein Formular von einer Restitutionsklage findet man bey Ebendemselben §. 1445.

kraft bitten. In dem ersten Falle hingegen wird die Restitution entweder blos beyläufig wegen einer versäumten Nothfrist, durch Anrufung des richterlichen Amtes, oder vertheidigungsweise gesucht. In diesem letztern Falle kann das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entweder als eine Exception, oder als Replik, oder als Duplik u. s. w. vorgebracht werden [52]). Daß die Restitution in den vorigen Stand eben sowohl durch Exception, als durch Klage bewirkt werden könne, lehrt Ulpian [53]) deutlich, wenn er sagt: **Sed quod Praetor ait,** *ratum se non habiturum*, **quatenus acci-**

52) Verschiedene Rechtsgelehrte sind zwar der Meinung, daß die Wiederherstellung in den vorigen Stand nur durch Klage allein, nie aber durch Exception oder Replik bewirkt werden könne. Zwar könne Lossprechung von der Klage und nach der nämlichen Analogie auch Entkräftung der Einrede öfters durch die nämliche Ursache bewirkt werden, worauf die Restitution begründet wird, aber deßwegen sey die Wirkung der Exception und Replik eben noch nicht Restitution. Man sehe MARANUS in Paratitlis Digestor. h. t. und HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. II. §. 812. Ich kann mich jedoch von dieser Meinung nicht überzeugen. Die von mir angeführten Gesetzstellen legen der Exception und Replik, mittelst welcher die Restitution gesucht wird, eben dieselbe Wirkung, wie der Klage, bey. Warum sollte denn auch die erforderliche Cognition der Restitutionsursache nicht eben so gut geschehen können, wenn die Restitution por modum exceptionis, als wenn sie per modum actionis gesucht wird. Die ganze Sache scheint mir daher auf eine unnütze Subtilität hinauszulaufen, zumal da jene Rechtsgelehrte selbst nicht läugnen, daß in beyden Fällen die Vortheile für die Partheyen gleich sind.

53) *L.* 9. §. 3. *D. quod metus causa.*

accipiendum est, videamus. Et quidem aut *imperfecta res* est, licet metus intervenerit: utputa stipulationem numeratio non est secuta; aut *perfecta*, si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium perficeret. Et POMPONIUS scribit, *in negotiis quidem perfectis* et *exceptionem* interdum et *actionem* competere: in *imperfectis* autem *solam exceptionem*. Sed ex facto scio, cum Campani, metu cuidam illato, extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab Imperatore nostro, posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare, et Praetorem, me adsistente, interlocutum esse: *ut sive* ACTIONE *vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive* EXCEPTIONE *adversus petentes, non deesse exceptionem.* Wir lernen aus dieser Stelle, daß die Wiederherstellung in den vorigen Stand in zwey Fällen als Einrede vorgebracht werden könne; 1) wenn das nachtheilige Geschäft noch nicht vollzogen ist, und auf dessen Erfüllung geklagt wird [54]); 2) wenn das Geschäft zwar schon vollzogen ist, der Verletzte aber die Sache, die ihm dadurch entzogen worden, in der Folge wieder erhalten hat. Hier kann er sich gegen den, welcher die Sache vindiciren will, mit der Einrede, welche ihm die Restitutionsursach darbietet; z. B. mit der exceptione metus, schützen, wenn er nämlich durch eine ihm widerechtlich erregte Furcht wäre genöthiget worden, eine Sache zu verkaufen, deren Besitz er nachher wieder erhalten hat [55]). Daß nun ferner die Wiederherstellung in den vorigen Stand auch mittelst einer Replik gesucht werden

54) Vid. *tit. Dig. de doli mali et metus except.*

55) POTHIER Pandect. Iustin. Lib. IV. Tit. 2. Nr. XIII. Not. f.

den könne, zeigt eben dieser Ulpian[56]) in einem merkwürdigen Falle, wenn er sagt: **Si minor viginti quinque annis detulerit, et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem iurisiurandi replicari debet, ut POMPONIUS ait. Ego autem puto, hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum Praetorem debere cognoscere, an captus sit; et sic in integrum restituere; nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit.** Ein Minderjähriger hatte die rechtliche Bestimmung einer gewissen Angelegenheit auf den Eid seines Gegners ankommen lassen. Dieser war gegen ihn geleistet worden. Demohngeachtet sucht er sein Recht klagend zu verfolgen. Setzt ihm nun der Beklagte die Exception der Eidesleistung entgegen, so muß er diese Einrede durch die Replik entkräften, daß er als Minderjähriger den Eid zugeschoben, und dadurch eine Verletzung erlitten habe. Hierin waren Ulpian und Pomponius einverstanden. Nur darin ging Pomponius zu weit, daß nach seiner Meinung schon die blose Replik des minderjährigen Alters die Wirkung der Restitution habe, ohne daß ein weiterer Beweiß einer durch die geschehene Eidesleistung wirklich erlittenen Läsion erforderlich sey. Zwar wollte Pomponius, wie Anton Faber[57]) ganz richtig bemerkt, eben nicht behaupten, als ob der Minderjährige blos um seines Alters willen gegen die Eidesleistung zu restituiren sey, wenn er auch gleich dadurch auf keine Weise wäre lädirt worden. Nein! er behauptete nur, es sey genug, wenn der Minderjährige blos anführe, daß er durch die Eidesleistung seines Gegners eine Verletzung erlitten hätte, ohne

56) *L.* 9. §. 4. *D.* de iureiur.

57) **Rational. ad L. 9. §. 4. D. de iureiur. pag. 102.**

ohne daß es deshalb einer weitern Cognition des Prätors bedürfe [58]). Dies zeigen die Worte: et *hoc ipso*, (scil. quod adversario suo iuramentum detulerit) captum se dicat, ganz deutlich an. Nun möchte man zwar glauben, Pomponius habe hierin nicht Unrecht, wenn man erwägt, daß derjenige, welcher seinem Gegner den Eid zuschiebt, nicht nur denselben zum Richter in seiner eigenen Sache macht, sondern daß auch von dieser Eidesleistung der Verlust des ganzen Proceßes abhängt. Dessen allen ungeachtet tadelt Ulpian hierin den Pomponius mit Recht, und hält ihm den allerdings wichtigen Grund entgegen, daß ein Minderjähriger blos dadurch, daß er sein minderjähriges Alter vorschützt, noch nicht bewiesen habe, daß er verletzt sey. Dies bedarf in den meisten Fällen einer besondern prätorischen Cognition, und es hängt daher erst noch von dem Ausgange derselben ab, ob dem Minderjährigen die als Replik vorgeschützte Restitution wegen des minderjährigen Alters auch wirklich zu statten komme [59]). Zu Ulpians Zeiten konnte auch diese Untersuchung, ob der Minderjährige verletzt sey, keinem iudex pedaneus überlassen werden; ex hoc enim Edicto de minoribus nulla propria actio proficiscitur, sagt Paulus [60]), *sed totum hoc pendet ex cognitione Praetoris*. Daher sagt Ulpian: plerumpue *ipsum Prae-*

58) S. DOMPIERRE Specim. cit. Tit. IV. §. 73. in fin. pag. 284.

59) *L.* 44. *D. de Minorib.* Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae, *causa cognita*, eiusmodi deprehensa sunt, *ut*, *si ab aliis sircumventi*, *vel sua facilitate decepti*, *aut*, *quod habuerunt*, *amiserunt*, *aut*, *quod acquirere emolumentum potuerunt*, *omiserunt*.

60) *L.* 24. §. *ult. D. eodem.*

Praetorem debere cognoscere, an captus sit. Nur dann konnte der Prätor einen iudex pedaneus bestellen, wenn die Läsion des Klägers aus den beygebrachten Beweisen ganz liquid, und nur darüber der Streit war, ob derselbe zu der Zeit, da er dem Gegner den Eid zuschob, noch wirklich minderjährig gewesen sey. Hier konnte der Prätor der formulae iudicii, die er dem Judex vorschrieb, die Replikation des minderjährigen Alters dergestalt beyfügen, daß der bestellte Judex über deren Wahrheit cognosciren sollte.

Nach der Analogie dieser Gesetze kann nun das Restitutionsgesuch unstreitig auch nach Art einer Duplik vorgebracht werden, um dadurch die Replik des Klägers zu entkräften. Z. B. Sempronius giebt sich für des minderjährigen Titius Vormund aus, und schließt mit mir einen Kauf über eine Sache des Minderjährigen. Der Minderjährige genehmiget auch das Geschäft. Nachher klage ich auf die Vollziehung des Contracts. Der Minderjährige excipirt, der Kauf kann nicht gelten, weil Sempronius, der den Contract geschlossen, kein ordentlich bestellter Vormund gewesen. Ich replicire, Beklagter habe aber doch den Contract genehmiget. Da kann er meine Replik durch die Duplik entkräften, daß durch seine Ratihabition der Contract nicht gültig geworden sey, und daß ihm dieselbe auch nicht präjudiciren könne, weil er noch minderjährig sey.

Wenn übrigens die Restitution blos incidenter gesucht wird, so ist derjenige Richter zu deren Ertheilung befugt, vor welchem der Hauptproceß schwebt. Eine solche Restitution, welche nur incidenter gesucht wird, kann sogar

gar nach dem kanonischen Rechte [61]) ein bloser Schiedsrichter (arbiter compromissarius) ertheilen, wenn ihm gleich diese Befugniß nach dem Röm. Rechte nicht zusteht [62]). Daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch vor einem commissarischen Richter incidenter gesucht werden kann, wenn er überhaupt zur ganzen Sache gesetzt ist, hat keinen Zweifel [63]).

§. 436.

Die Restitution ist ein blos subsidiarisches Rechtsmittel.

Der Prätor hat nun die Restitution nur eigentlich in dem Falle eingeführt, wenn durch kein anderes Rechtsmittel die Läsion gehoben werden kann. Qui enim communi auxilio et mero iure munitus est, sagt Ulpian [64]), ei non debet tribui extraordinarium remedium. Die Restitution fällt daher, als ein blos subsidiarisches Rechsmittel, der Regel nach weg,

1) wenn das Geschäft selbst nach dem strengen Rechte ungültig ist. Z. B. wenn ein Pupill einen Contract geschlossen, wodurch er sich ohne Wissen und Einwilligung seines Vormundes zu etwas verbindlich gemacht hat, so ist der Contract schon an sich ungültig, und daher keine Resti-

 tution

61) *Cap. 9. X. de Restitut. in integr.* DOMPIERRE cit. Specim. Tit. I. §. 21. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

62) *L. 3. Cod. ubi et apud quem.*

63) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. LVII. Medit. 7. Corol. 3. Claproths Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 58.

64) *L. 16. pr. D. de Minorib.*

tution nöthig [65]. Generaliter enim probandum est, sagt Ulpian [66], ubi contractus *non valet*, pro certo praetorem se non interponere.

2) Wenn man mit Hülfe einer andern Klage das nämliche erhalten kann, was durch die Restitution bewirkt werden soll. Wenn hingegen das ordentliche Rechtsmittel entweder nicht hinreicht, den Verletzten völlig zu entschädigen, oder die Restitution dem Verletzten vortheilhafter ist, weil er dadurch nicht nur auf eine leichtere, sondern auch auf eine vollständigere Art zu dem Seinigen kommen kann, als durch das ordentliche Rechtsmittel; so kann er unter diesen Umständen mit Beyseitsetzung des ordentlichen Rechtsmittels zur Restitution seine Zuflucht nehmen [67]. Z. B. wenn ein Minderjähriger bey einem Kauf über die Hälfte verletzt worden ist, so kann er Statt des remedii ex L. 2. Cod. de rescind. vendit. die Restitution wegen seines minderjährigen Alters suchen, welche ihm den Vortheil gewährt, daß er erstlich des oft sehr schweren Beweises einer wirklich erlittenen Verletzung über die Hälfte des wahren Werths überhoben ist; und dann zweytens, daß nun auch der ganze Kauf aufgehoben wird, dahingegen bey dem remidio ex L. 2. Cod. de rescind. vendit. der Beklagte die Wahl hat, ob er die Sache zurückgeben, oder die Läsion vergüten, und soviel, als an dem wahren Werthe fehlt, noch nachzahlen wolle, welche Wahl hingegen bey der prätorischen Restitution wegfällt [68]. Bey den Minderjährigen findet jedoch über-

65) *L.* 16. *pr. D. cit. L.* 21. §. 3. *D. Quod metus causa.*

66) *L.* 16. §. 3. *D. de minorib.*

67) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 800.

68) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 8.

überhaupt die Ausnahme Statt, daß wenn selbige auch durch ein anderes Rechtsmittel eben so leicht und sicher zu dem Ihrigen wieder gelangen könnten, ihnen dennoch freysteht, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen. Hiervon überzeugt uns folgendes Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian [69]): **Etiam in his, quae minorum tutores vel curatores male gessisse probari possunt,** *licet personali actione a tutore vel curatore ius suum consequi possint,* **in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari, iam pridem placuit.** Man hätte glauben sollen, es wäre den Rechten und der Billigkeit gemäßer gewesen, daß der Minderjährige vor allen Dingen seinen Vormund hätte ausklagen müssen, durch dessen üble Verwaltung er um das Seinige gekommen war; zumahl da derselbe während der noch daurenden Vormundschaft mittelst der **actionis negotiorum gestorum utilis** [70]), nach geendigter Vormundschaft aber mit der **actione tutelae** gar leicht zu seiner Entschädigung hätte gelangen können. Allein dessen ungeachtet rescribiren die Kaiser, es sey bekannten Rechts, daß auch in einem solchen Falle den Minderjährigen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten komme, ohne daß selbige nöthig haben, zuvor ihren Vormund auszuklagen [71]). Daß dieses Recht auch wirklich schon vor Diocletian und Maximian herrschend gewesen

 sey,

69) *L. 3. Cod. Si tutor vel curat. intervenerit.*

70) *L. 7. C. Arbitrium tutelae.* Quidquid tutoris dolo vel culpa lata, aut levi, seu curatoris, minores amiserint, vel cum possent, non acquisierint: hoc in tutelae, seu negotiorum gestorum utilae iudicium venire, non est incerti iuris.

71) Man vergleiche *Henr. Zach.* SPANNUTH Disput. de exceptione curatoris nondum excussi restitutionem in integrum, a minoribus

sey, erhellet aus folgender Stelle des Ulpian[72]): POMPONIUS quoque refert *libro XXVIII.* cum quidam heres rogatus esset, fratris filiae complures res dare ea conditione, *ut, si sine liberis decessisset, restitueret eas heredi;* et haec, defuncto herede, heredi eius cavisset, *se restituturam:* ARISTONEM putasse, in integrum restituendam. Sed et illud POMPONIUS adiicit, quod potuit incerti condici haec cautio, etiam a maiore: non enim ipso iure, sed per condictionem munitus est. Der Fall, welchen hier Ulpian aus des Pomponius Werken zur Entscheidung vorträgt, ist folgender. Ein gewisser Testator hatte seinen Erben gebeten, mehrere bestimmte Sachen seiner noch minderjährigen Bruders Tochter mit der Bedingung abzuliefern, daß solche wieder an den Erben zurückfallen sollten, wenn dieselbe ohne Kinder versterben würde. Der Erbe starb bald nachher, nachdem er die Sachen abgeliefert hatte. Nichts desto weniger leistet die Fideicommissaria wegen der Restitution dieser Sachen dem Erben des verstorbenen Erben Kaution. Diese Kaution war nun ganz unnöthig, weil der Erbe, an welchen diese Sache zurückfallen sollten, die Bedingung der Restitution nicht erlebt, folglich das Legat nicht auf seinen Erben transmittirt hatte. Dessen ungeachtet war doch die geleistete Kaution nicht ipso iure nichtig, sie war nur indebite prästirt worden. Allein eben darum war die minderjährige Fideicommissaria dadurch lädirt. Es entstand daher die Frage, wie ihr zu helfen sey! Aristo meint, sie könne die Wiedereinsetzung in den vorigen

ribus adultis petitam, haud remorante, praes. *Alb. Phil.* FRICK def. *Helmstadii* 1796.

72) *L.* 16. §. 2. *D. de minoribus.*

gen Stand suchen. Ulpian verwirft dieses Rechtsmittel nicht, sondern fügt nur noch hinzu, daß Pomponius hierbey bemerkt habe, es könne auch mit eben der Wirkung die condictio indebiti incerti angestellt werden, welche ihr zustehen würde, wenn sie auch schon majorenn wäre, weil die Kaution aus einem verzeihlichen Irrthum war geleistet worden [73]. Nun meint zwar Dompierre [74], es komme hier hauptsächlich auf die wahre Bedeutung des Worts *adiicit* an, dieses bedeute hier soviel, als notat, welchen Ausdruck die römischen Juristen besonders alsdann zu gebrauchen pflegten, wenn sie die Meinung eines andern Rechtsgelehrten tadelten, oder verwarfen. Pomponius habe also den Aristo getadelt, und dadurch zu erkennen gegeben, daß in dem vorgetragenen Rechtsfalle die Restitution nicht Statt finde, sondern condictio indebiti incerti angestellet werden müsse. Allein es ist merkwürdig, daß Ulpian sagt: Sed *et illud* POMPONIUS *adiicit*. Nun zeigen die Worte *Sed et illud* ganz offenbar keinen Tadel, keine Correction, sondern vielmehr eine Ampliation an, wie schon Anton Faber [75] bemerkt hat. Mehreren Schein würde des Dompierre Erklärung haben, wenn Ulpian gesagt hätte: *Sed* POMPONIUS *adiicit*. Allein auch alsdann würde dieser Erklärung immer noch entgegen seyn, wenn Ulpian sagt: *Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo praetorem se non debere interponere;* soll also die Restitution nur dann wegfallen, wenn das Geschäft des Minderjährigen ipso iure nichtig ist, so muß wohl in dem entgegen ge-

 setzten

73) *L.* 1. *princ. D. ut in possess. legator.*

74) Specim. de Restitut. in integr. Tit. I. §. 31.

75) Rational. ad L. 16. §. 2. D. de minorib.

letztem Falle, da nämlich das Geschäft des Minderjährigen dem strengen Rechte nach besteht, nach der Meinung des Ulpians und Pomponius die Restitution, und die dem Minderjährigen der Entschädigung wegen zustehende ordentliche oder personal Klage elective concurriren, folglich demselben die erstere zu suchen freystehen, wenn er auch gleich durch die letztere eben so gut zu dem Seinigen gelangen könnte, wie auch die Kaiser Diocletian und Maximian in dem oben angeführten Rescript ganz deutlich verordnet haben [76]).

§. 437.

Findet die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch bey negotiis bonae fidei Statt?

Die Restitutionen sind bey den Römern ihrem Ursprunge nach eigentlich wegen derjenigen Contracte eingeführt worden, die man stricti iuris nannte, und wurden daher hauptsächlich alsdann gebraucht, wenn man in einem solchen Contract war verletzt worden. Denn hatte man in einem contractu bonae fidei Schaden gelitten, so konnte man sich mit der Contractsklage helfen, und mittelst derselben nicht nur auf Schadensersatz, sondern auch sogar auf Richtigkeit des ganzen Contracts klagen [77]). Die Römer sahen bey den Contracten dieser Art vorzüglich auf Billigkeit, und legten

76) Daß dieses auch dem heutigen Gerichtsgebrauche gemäß sey, bezeugen MEVIUS P. III. Dec. 29. P. V. Decis. 206. und P. VII. Decis. 286 und WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 264.

77) *L.* 11. §. 5. *D. re action. emti vend.* Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, *ex emto competere actionem ad resolvendam emtionem*, et praetio restituto mulier reddatur.

ten diejenigen Bestandtheile dabey zum Grunde, welche Verträge nach dem Rechte der Natur haben müssen. Bey diesen Contracten war also eigentlich keine Restitution nöthig, sie waren vielmehr schon an sich nichtig, wenn sie durch einen Betrug des andern Theils, oder durch widerrechtlich erregte Furcht waren veranlaßt worden. Daher sagt Ulpian[78]): in contractibus bonae fidei doli praestatio inest. Es war nicht einmal nöthig, den Prätor um die Formel für die Einrede gegen die Gültigkeit des Contracts zu ersuchen, oder derselben in iure einige Erwähnung zu thun, sie konnte erst bey dem Judex pedaneus vorgebracht werden, welcher darauf Rücksicht nehmen mußte, weil er bey den bonae fidei iudiciis durch die ihm vom Prätor vorgeschriebene Formel überhaupt angewiesen war, den Streit nach Recht und Billigkeit zu entscheiden[79]). Ganz anders war es bey den contractibus stricti iuris. Hier hieng die Gültigkeit des Vertrags so sehr von der Contractsformel ab, das alles dasjenige, was nicht ausdrücklich darin festgesetzt war, auch zu den Bestimmungen desselben nicht gehörte. Hatte man sich also wegen einer etwa besorglichen Läsion, z. B. wegen des Betrugs, nicht ausdrücklich vorgesehen, so fand nach dem Civilrecht keine Klage Statt, sondern der Verletzte mußte hier zur prätorischen Rechtshülfe seine Zuflucht nehmen. Nach dem Civilrechte hatte die Läsion, wenn sie auch durch einen dolum causam dantem oder metum iniustum war verursacht worden, auf einen contractum stricti iuris gar keinen Einfluß, nach den Gesetzen war der Con-

78) *L.* 152. *D. de Reg. iur.*

79) §. 30. *I. de action.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 14. nr. 32. et 33. Mein Commentar IV. Th. §. 310. S. 253.

Contract vielmehr ganz gültig, der Prätor mußte ihn also durch Mittheilung einer Klage oder Einrede, um deren Formel der Verletzte bitten mußte, erst entkräften, so daß also bey den contractibus stricti iuris die Hülfe des Prätors, wie Averanius [80]) sagt, eben das leistete, was die Natur eines bonae fidei contractus schon mit sich brachte. In der Folge hat man jedoch auch bey den contractibus bonae fidei die Restitution zugelassen, wenn diese entweder vortheilhafter, als die Contractsklage, war, oder das ordentliche Rechtsmittel zur Entschädigung des Klägers nicht hinreichte; z. E. der Käufer hatte die durch den widerrechtlich erzwungenen Kauf an sich gebrachte Sache schon wieder an einen Dritten, welcher in bona fide war, veräußert. Gegen diesen Dritten Besitzer konnte nicht ex contractu geklagt, sondern nur die Restitution ex causa metus gesucht werden [81]). Um so weniger läßt sich der heutige Gebrauch der Restitutionen bezweifeln, wenn es gleich in Teutschland keine römischen contractus stricti iuris mehr giebt, sondern alle Contracte nach der Billigkeit beurtheilt werden [82]). Ueberdem findet ja auch in solchen Fällen die Wiedereinsetzung Statt, da man nicht durch ein geschlossenes Geschäft, sondern blos durch Verabsäumung einer Frist, von welcher der Verlust unsers Rechts abhieng, verletzt worden ist, wenn uns nämlich dabey keine eigene Schuld zur Last fällt [83]).

Denn

80) cit. loc. nr. 34.

81) *L.* 3. 4. 5. 7. 8. *et* 12. *Cod. de his, quae vi, metusve caus. gesta sunt.*

82) S. Diss. de vita petendae restitutionis in integr. praetor. P. II. §. 35. (Opusc. meor. Fasc. IV. pag. 65.)

83) *L.* 16. *D. Ex quib. caus. maior. L.* 203. *D. de Reg. iur.*

Denn wer sich freylich durch beharrlichen Ungehorsam den Verlust seiner Sache zugezogen hat, hat auf das Gesuch der Wiederherstellung keinen Anspruch [84]). So wie denn auch dasselbe gegen ein Erkenntniß nicht Statt findet, wodurch das Restitutionsgesuch rechtskräftig abgeschlagen worden ist [85]); obwohl gegen ein solches Erkenntniß appellirt werden kann, solang es die Rechtskraft noch nicht erreicht hat [86]).

§. 438.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt jederzeit eine Läsion voraus.

Wer nun die Restitution in den vorigen Stand suchen will, muß eine wirkliche **Läsion** erlitten haben, und zwar muß diese Verletzung 1) **aus dem Geschäft selbst** entstanden seyn, gegen welches die Wiedereinsetzung gesucht wird [87]). Wenn selbige also von blos zufälligen Umständen herrührt, so findet dagegen der Regel nach keine Restitution Statt; es wäre denn, daß Jemand durch Zufall wäre verhindert worden, sich seines Rechts zu bedienen, in diesem Falle kann die Restitution ex clausula Praetoris gene-

84) *L. B. a* WERNHER observat. for. Tom. II. Part. X. Obs. 374. *a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXXXIII. med. 2. *Fratr.* BECMANNI Consil. et Decis. P. II. Decis. 81. nr. 5. et 8. pag. 353.

85) *L.* 1. *Cod. Si saepius restitut. in int. postul. Cap. ult. X. de in int. restitut.* DOMPIERRE h. tit. §. 34.

86) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 818.

87) *L.* 11. §. 4. *et* 5. *D. de Minorib.* **Cramers** Nebenstunden Th. 116. Nr. V.

generali gesucht werden [88]), wovon zu seiner Zeit ein mehreres. 2) Die Läsion muß von einiger Erheblichkeit seyn. Dies ist wenigstens nach der Praxis außer Zweifel [89]). Nur in der Theorie ist es controvers, ob nicht auch wegen einer ganz geringen Läsion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden könne? Mehrere Rechtsgelehrte [90]) tragen kein Bedenken, dieses zu behaupten, und diese Meinung hat theils den Ausspruch des Callistratus [91]) für sich, welcher sagt: ne propter satis minimam rem vel summam, si maiori rei vel summae praeiudicetur, audiatur is, qui in integrum restitui postulat; wodurch also die Restitution wegen einer ganz geringen Läsion nur hypothetisch ausgeschlossen wird; theils scheint ihr auch die bekannte Regel: *iustitiae ratio non ex quantitate, sed ex suis regulis debet aestimari* [92]), ein nicht geringes Gewicht zu geben [93]). Allein dagegen verdient in Erwägung gezogen zu werden, daß es hier in den meisten Fällen auf

88) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 390. nr. 1.

89) *Sfort.* ODDUS de Restitut. in integr. P. I. Quaest. 4. Art. 12. et 13. COVARRUVIAS Var. Resolut. Lib. I. cap. 3. nr. 11. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 19. VOET ad Pandect. h. t. §. 11.

90) NOODT Comm. ad Pandect. h. t. pag. 105. SCHULTING Enarrat. part. pr. Digest. h. t. §. 7. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Quaest. 9. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. f. und DOMPIERRE *de* IONQUIERES Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 32.

91) *L.* 4. *D. h. t.*

92) IULIANI *Epitom. Nov.* 69. *L.* 22. *D. de damno inf. Pr. I. de vi bonor. raptor.* §. 16. *I. de Rer. divis.*

93) *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco. Diss. XXXIX. §. 30.

auf die Aufhebung eines rechtsgültigen Geschäfts ankommt, und daß schon darum nicht um jeder kleinen Läsion willen eine Restitution ertheilt werden kann, weil sonst wegen des oft sehr ungewissen Werths der Dinge die Processe bis ins unendliche vervielfältiget werden würden. Es läßt sich daher in dieser Rücksicht mit Recht behaupten, daß die Aufhebung eines rechtsgültigen Geschäfts insgemein mit einem grösseren Nachtheil verknüpft seyn würde, als derjenige ist, welchem durch die Restitution abgeholfen werden soll, wenn diese um einer jeden kleinen Verletzung willen gesucht werden könnte [94]) Sodann aber fehlt es auch wirklich an Gesetzen [95]) nicht, welche uns von der Wahrheit überzeugen, **minimam rem non curare Praetorem** [96]). Ob übrigens die

94) Ich muß hierbey bemerken, daß man die *L.* 4. *D. h. t.* gewöhnlich aus der *L.* 21. *D. de Except.* zu erklären sucht, wo Neratius sagt: Rei maioris pecuniae praeiudicium fieri videtur, cum ea quaestio in iudicium deducitur, quae vel tota vel aliqua ex parte comunis est quaestioni de re maiori. Allein daß diese Stelle nicht hierher gezogen werden könne, und daß der Ausdruck praeiudicium fieri in der Lehre von Exceptionen eine ganz andere Bedeutung habe, als das Wort praeiudicare, welches Callistratus braucht, hat schon *Iac.* RAEVARDUS de Praeiudiciis Lib. II. cap. 7. et 8. (*Oper*. Tom. II. pag. 763. edit. *Lugdun*. 1623.) gezeigt. Die Worte in der *L.* 4. *D. h. t.* si maiori rei vel summae praeiudicetur, wollen also, wie Rävard pag. 767. selbige erklärt, so viel sagen: ***si propter rem minimam facta restitutio noceret rei maiori.***

95) *L.* 9. *pr. L.* 49. *D. de Minorib. L.* 9. 10. *et* 11. *D. de dolo malo. L.* 54. *D. de contrah. emt.*

96) Mit mir stimmen überein DUARENUS Comm. ad h. t. Cap. 4. BACHOVIUS ad Prota Pandect. h. t. pag. 946. HUBER Eunom. Rom. pag. 184. WISSENBACH Excercitat. ad Pandect. Disp. XIII. Th. 4.

die erlittene Läsion von Erheblichkeit sey, oder nicht, muß der Beurtheilung des Richters billig überlassen werden, welcher jedoch, wie Voet[97]) sehr richtig bemerkt, die Läsion nicht an sich sondern immer in Vergleichung mit dem Geschäft, aus welchem sie entstanden ist, betrachten muß, weil zuweilen eine an sich nicht unerhebliche Läsion doch in Vergleichung gegen das sehr wichtige Geschäft, aus welchem sie herrührt, für ganz unbedeutend zu halten ist. 3) Die Läsion muß dem zu Restituirenden ohne seine Schuld wiederfahren seyn. Jedoch wird ein Minderjähriger auch dann restituirt, wenn er gleich durch seine Unvorsichtigkeit in Schaden gerathen ist[98]). 4) Die Läsion muß endlich nicht nur angeführt, und, worin sie bestehe, deutlich ausgedrückt[99]), sondern auch im Läugnungsfalle bewiesen werden. Dieser Beweis liegt auch einem Minderjährigen ob, wenn er die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sucht[100]); wofern nicht das von demselben unternommene Geschäft ein solches ist, dessen nachtheilige Folgen, auch ohne weitern Beweis einer Läsion, schon an sich in die Augen leuchten[1]).

Dahin

Th. 4. STRUV Evolution. controversiar. h. t. Th. 5. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 12. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 808.

97) Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

98) *L.* 44. *D. de minor.* FRANTZKIUS Comment. in Pandect. h. t. nr. 19. et 20.

99) *L. B. a* WERNHER Observat. for. T. II. Part. VIII. Obs. 400.

100) *L.* 7. §. 3. *D. de minorib. L.* 9. §. 4. *D. de iureiur. L.* 5. *pr. Cod. de in integr. restit. minor.*

1) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 82. MEVIUS Decis. T. II. P. VII. Decis. 287. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 816.

Dahin gehört, wenn der Minderjährige sich eines Rechts begeben, oder eine Erbschaft ausgeschlagen, oder eine Bürgschaft übernommen, oder sich am Beweis versäumt hat [2]).

Hieraus läßt sich nun noch die Frage entscheiden, ob gegen letzte Willensverordnungen eine Restitution gesucht werden könne? Unser Verfasser verneinet sie mit Recht. Es lassen sich nur zwey Fälle gedenken. Entweder der Testirer selbst wollte Restitution suchen, oder derjenige, welcher im Testament ist ausgeschlossen worden. In dem ersten Falle ist darum keine Restitution nöthig, weil der Testirer eigentlich nicht sagen kann, daß er lädirt sey. Denn er kann ja seinen letzten Willen zu jeder Zeit wieder ändern, und überdem ist ein solches Testament schon an sich nichtig, wozu der Testator durch Betrug verleitet, oder durch widerrechtliche Gewalt gezwungen worden ist [3]). In dem letztern Falle ist entweder ein Notherbe, oder ein anderer ausgeschlossen worden. Letzterer hat gar kein Recht sich zu beschweren, wenn ihn der Testirer selbst ausgeschlossen hat; hatte ihn der Erblasser einsetzen wollen, allein ein Dritter hinderte denselben an der Errichtung eines Testaments, so kann er nur gegen diesen mit der actione in factum auf das Interesse klagen. Der Notherbe hingegen hat entweder die Ausschließung verdient oder nicht. Im erstern Falle findet überhaupt keine Beschwerde Statt; in dem letztern hingegen fehlt es nicht an

2) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. Lib. IV. Tit. 4. §. 13. und *God. Dan.* HOFFMANN Diss. de minore contra aditam hereditatem circa probationem laesionis in integrum restituendo. *Tübing.* 1776.

3) ODDUS de Restitut. in integr. P. I. Qu. XVII. Art. 6. nr. 53. LAUTERBACH c. l. §. 2.

an andern Rechtsmitteln, um das Testament anzufechten, wovon wir im 2. Tit. des 5. Buchs handeln werden.

§. 439.

Wie lange kann die Restitution gesucht werden?

Soviel hiernächst die Zeit anbetrift, binnen welcher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden muß, so ist ein Unterschied zu machen, ob sie mittelst Anstellung einer Klage gesucht, oder ob das Gesuch um Restitution als Exception, oder als Replik, oder als Duplik vorgebracht wird.

I) Wenn die Restitution *per modum actionis* gesucht wird, so mußten, was

A) die prätorischen Restitutionen anlangt, diese nach dem Pandectenrechte innerhalb eines anni utilis gesucht werden. Paulus [4]) giebt uns von dieser kurzen Dauer der Restitutionsklagen des Prätors den Grund an, *quia contra ius civile dantur*. Dieser Grund ist nun freylich wohl wichtiger, als der, welchen Justinian [5]) anführt, nämlich weil das Amt des Prätors nur ein Jahr gedauert habe. Denn daß diese einjährige Amtsverwaltung auf die Verjährung der prätorischen Klagen keinen Einfluß gehabt habe, ist schon von Carl Ferdinand Hommel [6]) hinlänglich erwiesen worden. Ein *annus utilis* war übrigens ein solches Jahr, welches aus 365 diebus utilibus d. i solchen Tägen bestand, an welchen man ungehindert vor Gericht klagen

4) *L.* 35. *in fin. D. de obligat. et action.*

5) *Princ. I. de perpet. et temp. act.*

6) Prolus. cur actiones praetoriae annales sint? *Lipsiae* 1756.

gen konnte [7]). Zählte man nicht blos die Gerichtstäge, sondern alle Tage, ohne Unterschied, so wie sie in der natürlichen Ordnung aufeinander folgten, sie mochten Gerichtstäge oder Gerichtsferien seyn, so hieß ein solches Jahr, das aus 365 diebus continuis, i. e. naturalibus, et sine interruptione currentibus, bestand, ein *annus continuus* [8]). Der annus utilis war nun nach dem alten römischen Rechte der Restitution der Minderjährigen eben so gut [9]), als der Majorennen vorgeschrieben [10]), nur diejenige war ausgenommen, welche den Gläubigern wegen der Capitisdeminution ihres Schuldners ertheilt wurde, denn diese konnte binnen 30 Jahren gesucht werden [11]). Nach und nach wurde jedoch der annus utilis bey den prätorischen Restitutionen abgeschaft, und Statt desselben ein tempus continuum eingeführt. Den Anfang machte Kr. Constantin der Große bey der Restitution ex causa doli. In Ansehung derselben verordnete er in der *L. un. Cod. Theodos. de dolo malo* [12]), daß die actio doli binnen einem Jahre, und

 zwar

7) Was es heißt: *experiundi potestatem habere*, erklärt Ulpian *L.* 1. *D. de divers. tempor. praescript.*

8) Von der Eintheilung der Zeit in tempus continuum und utile habe ich an einem andern Orte dieses Commentars (3. Th. §. 269. S. 496. folgg.) gehandelt.

9) *L.* 19. L. 39. *pr. D. de minorib.*

10) *L.* 4. §. 1. *D. Quod metus causa. L.* 1. §. 1. *D. Ex quib. caus. maior. L.* 6. *D. de alienat. iud. mut. caus. L.* 1. *pr. L.* 6. §. 14. *D. Quae in fraud. credit. facta. L.* 8. *Cod. de dolo malo.*

11) *L.* 2. §. *fin. D. de cap. minut.*

12) Tom. I. Lib. II. Tit. 12. in des *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. in Cod. Theodos.

zwar intra continuum tempus anni, von Zeit des begangenen Betrugs an gerechnet, angestellt, der Proceß aber von dem Tage an, da die Klage impetrirt worden, längstens binnen zwey Jahren (intra continuum biennium) entschieden werden sollte. Der Kr. Constantin setzte also eigentlich bey der actione doli eine doppelte Zeitfrist fest, ein continuum tempus anni zur Anstellung oder Impetrirung der Klage, und ein biennium continuum zur Endigung des Processes. Dies erhellet aus den Worten der Constitution ganz deutlich: Optimum duximus, so lauten die Worte im theodosianischen Codex, non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse memoraverit, neque intra anni utile tempus, sed potius ex eo die, quo adseritur commissus dolus, *intra continuum tempus anni eis*, quibus esse decertandi ius invenitur, *huiusmodi actionem causa cognita deferri;* — — ita ut impetrata doli actione *lis*, ad suum iudicem translata, *intra bienni spatium decidatur*, ratione temporis custodita, cum legitime fuerit apud suum iudicem coepta. Perpetuo vero silentio conquiescat, *nisi ex die*, *quo impetrata fuerit actio*, *intra continuum biennium*, *quod sequitur*, *omnis lis fuerit decisa.* Allein nach der Interpolation des Tribonians, muß die actio doli intra continuum biennium angestellt, und geendiget werden, wie aus der *L.* 8. *Cod. Iust. de dolo malo* erhellet. Noodt[13]) glaubt zwar, daß auch im theodosianischen Codex statt *intra continuum tempus anni* gelesen werden müsse intra continuum tempus biennii; allein die oben angeführten Worte: nisi ex die, *quo impetrata fuerit actio*, intra continuum biennium, *quod sequitur*, omnis lis fuerit decisa, zeigen deutlich an, daß, ausser der zweyjähri-

13) Commentar. ad Digesta h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 106.)

jährigen Frist, noch eine andere, von derselben verschiedene Zeit, gesetzt war, binnen welcher die actio doli impetrirt, und causa cognita ertheilt werden mußte [14]). Daß übrigens die *L.* 8. *Cod. Iust.* ihrer Interpolation ungeachtet der *L. un. Cod. Theodos.* vorgehe, bedarf kaum einer Erinnerung. Eben dieser Constantin hob nachher auch bey der Restitution der Minderjährigen den annum utilem auf, und verordnete in der *L.* 2. *Cod. Theod. de integri restitut.* daß Minderjährige in Rom und dem zur Stadt gehörigen District (intra centesimum urbis Romae miliarium) binnen 5, in Italien binnen 4, und in den Provinzen binnen 3 Jahren Restitutionen suchen sollten, und alle diese Zeitfristen sollten tempora continua seyn, und mit dem ersten Tage des 26. Jahrs ihren Anfang nehmen [15]). Justinian fand jedoch diesen Unterschied des Orts, den Constantin machte, eben so ungereimt, als die mit so vielen Schwierigkeiten verknüpfte Berechnung des anni utilis unnütz [16]). Er hob daher beydes in der *L. ult. Cod. de tempor. in integr. restitut.* bey den Restitutionen auf, und verordnete, daß Minderjährige ohne allen Unterschied des Orts, eben so wie Majorenne, und zwar letztere in den Fällen, wo bis dahin der annus utilis noch im Gebrauch war, nun binnen vier Jahren Restitution suchen sollten, so daß in diesem Zeitraum alle Tage, so wie sie auf einander folgen, sie mögen Gerichtsta-

14) Die Meinung des NOODT habe ich in meiner Diss. de vita petendae restitutionis in integr. praetoriae Part. alt. Cap. III. §. 28. not. 18. (*Opusc.* Fasc. IV. pag. 15.) widerlegt.

15) Man sehe über die *L.* 2. *Cod. Theodos. de integri restitut.* meine Diss. de vita pet. rest. i. integr. praetor. §. 29.

16) Wie viel Streitigkeit oft die Berechnung des anni utilis verursacht habe, erzählt Justinian *L.* 1. *Cod. de annali except.*

ge seyn oder nicht, gezählet werden sollten. Verschiedene Rechtsgelehrte [17]) wollen zwar behaupten, daß Justinian nur bey der Restitution der Minderjährigen, und derjenigen, welche der Abwesenheit wegen gesucht werden kann, eine vierjährige Zeitfrist vorgeschrieben habe, dahingegen bey den übrigen Gattungen der Restitution, welche den Volljährigen z. B. ex causa metus, oder ob alienationem iudicii mutandi causa factam ertheilet wird, der annus utilis beybehalten worden sey. Allein diese Meinung scheint mir sowohl der Absicht des Gesetzgebers, als den Worten des Gesetzes ganz entgegen zu seyn. Justinian sagt: *Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes*, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia et in aliis provinciis, *quadriennium continuum* tantummodo numerari ex die, *ex quo annus utilis currebat*, et id tempus totius loci esse commune; ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum visum est. Diese Worte sind ganz generell, und gehen unstreitig auf alle Arten der prätorischen Restitutionen, bey welchen bis auf Justinians Zeiten der annus utilis noch im Gebrauch war. Sollte nun Justinian dennoch bey einigen prätorischen Restitutionen den annum utilem haben beybehalten wollen, so müßte er bey diesen die Zeitberechnung des anni utilis weniger schwierig und entbehrlich gefunden haben, welches sich aber wohl, ohne eine Ungereimtheit zuzugeben, eben so wenig behaupten, als

17) LAUTERBACH Colleg. Pandect. h. t. §. 24. FRANTZKIUS Commentar. in Pandect. h. t. nr. 27. et. 28. SCHULTING Enarrat. part. pr. Pandect. h. t. §. 11. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 815. nr. I. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1004. not. 1.

als mit den Worten des Kaisers: *Supervacuam differentiam anni utilis in integrum restitutionis a nostra republica separantes*, vereinigen läßt. Noch mehr überzeugen uns von der Absicht des Kaisers, den anum utilem bey der Restitution ganz aufzuheben, folgende Worte: Quod non solum in minorum restitutionibus (quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit) sed etiam *in maiorum hoc idem adhiberi sancimus, ut hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur* ad interponendam contestationem, finiendamque litem. Da hier der Kaiser von der Restitution der Minderjährigen und Volljährigen überhaupt redet, so muß es auch in Beziehung auf das Vorhergehende gleichviel seyn, ob die Restitution von den letztern wegen der Abwesenheit, oder wegen eines widerrechtlich erlittenen Zwangs, oder wegen einer nachtheiligen Veräusserung gesucht wird. Nun gedenkt zwar der Kaiser in den nachfolgenden Worten der Restitution wegen der Abwesenheit ausdrücklich: Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in maiorum tempus, in quo *reipublicae causa abfuerint*, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne excipiatur, et non absimilis sit in hac parte minorum et maiorum restitutio; allein es geschiehet dies blos beyspielsweise, so wie Kr. Gordian [18]) bey der actione doli ebenfalls bemerkt, daß die Zeit nicht mit gerechnet werden soll, da der Betrogene reipublicae causa abwesend gewesen. Es würde also ganz gegen die Absicht des Kr. Justinians streiten, wenn man aus diesem Grunde seine Constitution blos auf diejenige Art der Restitution der Volljährigen einschränken

 woll-

18) *L. 3. Cod. de dolo malo.*

wollte, welche der Abwesenheit wegen ertheilet wird [19]). Dahingegen gehen nun aber diejenigen Rechtsgelehrten [20]) offenbar zu weit, welche die Verordnung des K. Justinians auch auf die actionem doli erstrecken wollen, bey welcher schon K. Constantin den annum utilem abgeschaft hatte. Denn daß die *L. ult. Cod. de dolo malo* durch die L. fin. Cod. de temp. restitut. in int. nicht aufgehoben sey, erhellet schon daraus, weil Tribonian die Verordnung des Kr. Constantins bey deren Aufnahme in den Justinianischen Codex wesentlich verändert; und das vom Constantin, statt des ehemaligen anni utilis, verordnete continuum tempus anni in ein *biennium continuum* verwandelt hat, welches gewiß nicht geschehen wäre, wenn nicht diese Verordnung als anwendbares Gesetz gelten sollte [21]). Ich habe hier noch folgendes zu bemerken.

1) Es giebt prätorische Restitutionsklagen, die nur insofern an die gesetzlich vorgeschriebene kurze Zeitfrist gebunden sind, als der Kläger zugleich einen gewissen Vortheil dadurch zu erlangen sucht, welchen die Gesetze als Strafe des Beklagten wegen seines Ungehorsams, oder begangenen Dolus,

19) Man sehe WISSENBACH Commentar. ad L. ult. C. de tempor. in integr. restitut. pag. 128. und DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 37.

20) *Ulr.* HUBER Praelect. ad Dig. Lib. IV. Tit. 3. §. 9. *Petr. de* GREVE Exercit. ad Pandect. loca difficil. Exerc. V. §. 16. pag. 129. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 18. et Tit. 3. §. 32.

21) S. NOODT Comment. ad Dig. h. t. (Tom. II. *Oper.* pag. 105.) DOMPIERRE cit. Specim. Tit. de dolo malo §. 32. pag. 184. und meine Diss. de vita pet. restit. in integr. Cap. III. §. 30. (*Opusc.* Fasc. IV. pag. 30.)

lus, oder wegen des wenigstens daran genommenen Antheils verordnet haben; ausserdem aber perpetuirlich sind, d. i. dreyßig Jahre dauern, in sofern nämlich der Kläger dadurch blos seine Entschädigung sucht, oder seine Absicht blos darauf gehet, daß der Beklagte einen unbilligen Gewinn herausgebe. Dies ist

a) der Fall bey der *actione metus*. Diese Klage dauert 30 Jahr, wenn die durch Furcht abgezwungene Sache noch vorhanden, oder der Beklagte wenigstens dadurch bereichert ist, der Kläger aber weiter nichts, als seine Entschädigung, verlangt [22]). Insoweit ist es auch gleichviel, der Beklagte mag an der unerlaubten Handlung, wodurch dem Kläger das Seinige mit Gewalt entzogen worden ist, Antheil genommen haben, oder nicht [23]). Allein nach dem römischen Rechte hat die actio metus noch die besondere Eigenschaft, daß der Beklagte, auch selbst der bonae fidei possessor, zum vierfachen Ersatz verurtheilt werden kann, wenn er die richterliche Sentenz nicht gutwillig befolgt [24]); und ein malae fidei possessor den Werth ersetzen muß, wenn die Sache durch Zufall zu Grunde gegangen ist [25]). Soll diese Verurtheilung Statt finden, so mußte die Klage ehemals intra annum utilem angestellt werden [26]); und auch nur in dieser Rücksicht ist sie nach dem neuern röm. Rechte an eine vierjährige Frist gebunden [27]). Eben dies ist

 b) von

22) *L.* 14. §. 1—3. *L.* 18. *L.* 21. §. 1. *D. quod metus causa. L.* 4. *in fin. Cod. eodem.*
23) *L.* 14. §. 5. *D. eod.*
24) *L.* 14. §. 3. *in fin. D. eod.*
25) *L.* 14. §. 11. *D. eod.*
26) *L.* 4. *Cod. de his, quae vi metusve causa.*
27) DOMPIERRE cit. Specim. Tit. 2. §. 25. p. 112.

b) von der *actione doli* zu sagen. Diese Klage muß binnen zwey Jahren angestellt werden, in sofern der Kläger will, daß das durch Betrug veranlaßte Geschäft ganz wieder aufgehoben, oder der Beklagte seines begangenen Betrugs wegen zum Schadensersatz verurtheilt werde, wenn er auch gleich dadurch nicht reicher geworden wäre. Allein wenn wegen des Betrugs nicht auf Rescißion des Geschäfts, sondern blos auf Schadensersatz geklagt wird, soweit nämlich der Beklagte durch den Betrug noch bereichert ist, so hat die actio in factum Statt, welche 30 ganze Jahre dauert [28]). Von dieser Art ist auch

c) die *actio Pauliana*, wodurch die Gläubiger wider jede zu ihrem Nachtheil vom Schuldner vor eröffnetem Concurs vorsetzlich unternommene Veräusserung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen können. Die Dauer dieser Klage ist nur in sofern in einen vierjährigen Zeitraum eingeschränkt, als sie wider denjenigen angestellet wird, welcher an dem Betrug des Schuldners Antheil genommen hat, und die Gläubiger den Zweck dadurch erreichen wollen, daß der Beklagte verurtheilt werde, wenn er gleich durch die an ihn geschehene Veräusserung nicht reicher geworden ist [29]). Wenn hingegen der Beklagte sich durch den Betrug des Schuldners wirklich bereichert hätte, und die Gläubiger weiter nichts verlangen, als daß derselbe diesen unbilligen Gewinn herausgebe, so kann die Paulianische Klage 30 Jahre angestellet werden, ehe sie verjährt ist [30]). Hieraus ergiebt sich

28) *L.* 28. *in fin. D. de dolo malo.* HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obs. 613.

29) *L.* 1. *D. Quae in fraudem creditor.*

30) *L.* 10. §. 24. *D. eodem.*

sich zugleich, daß die prätorischen Restitutionen von zweyerley Art sind, indem die wegen derselben anzustellende Klage entweder eine Pönalklage oder eine blos persecutorische ist [31]).

2) In einigen Fällen hat Justinian das quadriennium zu Gunsten der Minderjährigen verlängert, wie ich in dem Titel de Minoribus zeigen werde [32]).

3) Die Zeit, da die Verjährung bey den prätorischen Restitutionsklagen ihren Anfang nimmt, hat Justinian unverändert gelassen, er verordnet vielmehr ausdrücklich, daß das von ihm bestimmte quadrienium vom dem Tage an gerechnet werden solle, von welchem ehemals der annus utilis zu laufen anfing [33]). Bey der Restitution der Minderjährigen nimmt daher das quadriennium mit dem erstern Tage des 26. Jahrs seinen Anfang. Bey der Restitution der Volljährigen hingegen kommt es auf die Restitutionsursach an. Die bey der Klage wegen des Betrugs vorgeschriebene zweyjährige Frist wird von dem Tage des begangenen Betrugs [34]); das quadriennium bey der Restitution wegen erlittenen Zwangs von dem Tage, da die Furcht vorüber, und der Verletzte zu klagen im Stande war [35]), bey der wegen der Abwesenheit von dem Tage der Zurückkunft, oder da sonst das Hinderniß gehoben worden, und also

31) Man sehe *Ern. Christ.* WESTPHAL Prog. de duplici actione restitutoria, omnibus fere in integrum restitutionibus praetoriis communi. *Halae.* 1760. und meine Diss. de vita pet. R. i. i. Cap. I. §. 5. (*Opuscul.* Fasc. II. pag. 289. sqq.)

32) S. meine Diss. Cap. III. §. 30. (*Opusc.* Fasc. III. pag. 33.)

33) *L. ult. Cod. de tempor. rest. in integr.*

34) *L.* 8. *C. de dolo.*

35) *L.* 4. *C. De his, quae vi metusve caus. gesta.*

also Gelegenheit war, die Klage anzustellen, welches auch bey der Paulianischen Klage Statt findet; endlich wegen der Veräusserung, welche iudicii mutandi causa unternommen worden, von dem Tage der geschehenen Alienation an gerechnet [36]).

4) Ob es nicht auch darauf ankomme, daß derjenige, welcher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen kann, zuerst Wissenschaft von der erlittenen Verletzung erhalten haben müsse, ehe die Verjährung der Restitutionsklage ihren Anfang nehmen könne? ist in der Theorie sehr streitig. Einige Rechtsgelehrten [37]) behaupten dieses, andere [38]) läugnen es. Beyde Meinungen haben nicht unerhebliche Gründe für sich. Für die letztere streitet, daß weder Constantin noch Justinian jenes Umstandes bey der Bestimmung der Restitutionszeit gedenken, und daß es bey der Verjährung überhaupt nicht darauf ankommt, ob derjenige, wider welchen verjähret wird, Wissenschaft davon habe, wer seine Sache besitzt, oder nicht [39]). Dagegen wird nun aber von den erstern eingewendet, daß der ehemalige annus utilis erst von der Zeit zu laufen angefangen, quo primum experiundi potestas fuit [40]). Nun sey hierzu noch nicht genug,

36) *Io. Christ.* KOCH Diss. de praescriptione restitutionis in integrum. *Giessae* 1780. §. 3.

37) ODDUS Tr. de Rest. in int. P. I. Qu. 20. Art. 4. FABER in Cod. Lib. II. Tit. 35. Def. 3.

38) VOET ad Pandect. h. t. §. 19. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XI. §. 3. DOMPIERRE cit. Specim. h. t. §. 39. pag. 49. KOCH c. l. pag. 26.

39) *L. ult. in fin. Cod. de praescr. longi temp.*

40) *L. 1. §. 1. D. Ex quib. caus. maior. L. 1. pr. D. Quae in fraud. credit. L. 4. C. de his, quae vi metusve causa.*

genug, daß man unverhindert sey, die Klage anzustellen, sondern man müsse auch wissen, daß man klagen könne[41]; *quia, qui nescit*, sagt Cajus[42], *is videtur experiundi potestatem non habere.* Dem sey jedoch, wie ihm wolle, so ist es wenigstens in der Praxis anerkannte Wahrheit, daß der Anfang der Verjährung bey den prätorischen Restitutionsklagen erst von da an gerechnet wird, wo man von der erlittenen Verletzung Nachricht erhalten hat, und man folglich im Stande gewesen ist, die Restitution zu suchen[43]. Aus allen diesen erhellet also soviel, daß die Zeit, binnen welcher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen ist, zwar nach dem neuern römischen Rechte in Rücksicht ihres Laufs ein tempus continuum, allein in Absicht auf ihren Anfang ein tempus utile sey[44]. Endlich ist noch

5) zu bemerken, daß nach der Verordnung des Kr. Justinians[45] binnen der bestimmten Zeit nicht nur die Restitution gesucht, sondern auch der Proceß über das Restitutionsgesuch geendiget werden soll. Eben dieses verordnete auch Kr. Constantin[46] bey der Restitutionsklage wegen

41) *L. 2. pr. D. quis ordo in possess. sero.*

42) *L. 6. D. de calumniator.*

43) GAIL Lib. II. Obs. 48. nr. 5. CARPZOV Lib. II. Resp. 96. nr. 12. LEYSER Specim. LX. medit. 5. CRAMER Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 442. Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien. 2. Band Nr. II.

44) LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 24. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 815.

45) *L. ult. C. de temp. restit. in int.*

46) *L. 8. C. de dolo malo.*

wegen des Betrugs. Um so weniger verdient daher die Critic derjenigen Rechtsgelehrten [47]) einige Rücksicht, welche in der Verordnung des K. Justinians die Worte finiendamque litem für fehlerhaft halten, und statt derselben *ineundamque* oder *inchoandamque litem* lesen wollen. Denn wenn gleich sonst Klagen, die an sich nur temporell sind, durch die Litiscontestation perpetuirt werden [48]); so ist doch aus den angeführten Constitutionen sowohl, als aus andern Gesetzen [49]) offenbar, daß die Gesetzgeber von dieser Regel in der Materie von der Restitution abgewichen sind [50]), Ich kann daher auch der Meinung des Herrn von Cocceji [51]) nicht beypflichten, wenn dieser die Worte *finiendamque litem* nicht sowohl von Endigung des über das Restitutionsgesuch entstandenen Processes, als vielmehr von Erlöschung der nicht binnen des gesetzlichen Zeitraums angestellten Restitutionsklage verstehen will. Denn daß die Ausdrücke *finire litem*, *finire causam*, deren sich hier die Gesetzgeber bedienen, von der extinctiven Verjährung einer nicht binnen der gesetzlichen Frist angestellten Klage nicht gebräuchlich sind, bedarf wohl keines Beweises. Soviel ist indessen gewiß,

47) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXI. cap. 10. ODDUS Tr. de Restit. in int. P. I. Qu. 19. Art. ult.

48) §. 1. *in fin. I. de perpet. et temp. act.*

49) *L.* 5. *Cod. de temp. rest. in integr. Clem. un de Restit. in integr.*

50) S. DUARENUS Interpraetat. Tit. Cod. de temp. rest. in integr. (in *Operib.* Francof. 1592. edit. pag. 134.) DOMPIERRE h. t. §. 36. und meine Diss. Cap. III. §. 32.

51) Iur. civ. controv. Lib. IV. Tit. 2. Qu. 5.

gewiß, daß wenigstens heutiges Tages jene Vorschrift des römischen Rechts nicht mehr beobachtet wird [52]).

B) Soviel diejenige Restitution anbetrift, welche nach dem kanonischen Rechte den Kirchen und andern *piis corporibus* zusteht, so muß auch diese binnen vier Jahren gesucht werden. Dieser Zeitraum soll nun zwar nach ausdrücklicher Vorschrift des kanonischen Rechts gleich von Zeit der erlittenen Läsion zu laufen anfangen, es soll auch der Proceß über das Restitutionsgesuch binnen dieser gesetzlichen Frist entschieden werden [53]); allein daß dieses heutiges Tages nicht mehr Statt finde, so wie auch, daß das quadriennium nach dem Gerichtsgebrauch erst a tempore cognitae laesionis an gerechnet werde, ist bereits bemerket worden. Endlich

C) die Restitutiones in integrum civiles anlangend, so ist zwar diejenige Restitution, welche dem Staate und überhaupt einer öffentlichen Corporation, wenn sie bey einem Geschäft Schaden gelitten, nach dem Beyspiel der Minderjährigen zusteht, binnen vier Jahren zu suchen [54]); allein alle übrige, welche oben (§. 432.) angeführt worden sind, dauern 30 Jahre. Denn in Ansehung derselben ist durch die L. ult. C. de temp. restit. in int. nichts geändert worden, da sich dieses Gesetz ausdrücklich nur auf diejenige Arten der prätorischen Restitutionen bezieht, welchen schon vor Justinian

52) LAUTERBACH Coll. Pand. h. t. §. 26. HOFACKER c. l. §. 815. in fin. COCCEJI c. l.

53) *Cap.* 1. *et* 2. *h. t. in VI. Clem. un. eod.*

54) *L.* 3. *C. de iure reip. L.* 4. *Cod. quib. ex caus. maior.*

nian eine gewisse Zeit vorgeschrieben war, binnen welcher sie gesucht werden mußten [55]).

§. 439. *

Wie lange kann die Restitution vertheidigungsweise als eine Exception, Replik u. s. w. gesucht werden.

II) Wenn die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand *per modum exceptionis* gesucht wird, so ist sie an gar keine gewisse Zeit gebunden, sondern sie kann vielmehr, als Einrede, zu allen Zeiten vorgeschützt werden [56]). Paulus [57]) sagt ausdrücklich: Non sicut *de dolo octio* certo tempore finitur, ita etiam *exceptio* eodem tempore danda est. *Nam haec perpetuo competit:* cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure; is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur. Es ist zwar hier nur von der exceptione doli die Rede; allein der Grund, warum diese Einrede beständig dauern soll, wenn gleich die Klage wegen des Betrugs der Verjährung unterworfen ist, ist allgemein und aus der Natur der Sache überhaupt hergenommen, so daß man keine Ursach hat, daran zu zweifeln, daß auch das nämliche von allen übrigen Arten der Einreden, die wegen der Restitution vorgeschützt werden können, ohne Unterschied anzu-

55) COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. behauptet zwar, daß die vierjährige Frist sich auch auf die restitutiones in integr. civiles erstrecke. Allein EMMINGHAUS ad *Eundem* not. w. hat diese Meinung hinlänglich widerlegt. Man sehe auch STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 1. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 810.

56) S. KOCH Diss. de praescriptione restitutionis in integr. §. 6.

57) *L. 5. §. 6. D. de doli mali et met. except.*

anzunehmen sey. Demohngeachtet sind viele Rechtsgelehrten [58]) anderer Meinung. Sie gehen von dem Grundsatz aus, daß Einreden, sofern sie ein Recht des Beklagten betreffen, welches dieser auch klagend hätte verfolgen können, der nämlichen Verjährung, wie die deshalb Statt findende Klage, unterworfen seyen. Gerade dies ist nun, sagt man, der Fall bey den Einreden der prätorischen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Bey diesen finde der Grund nicht Statt, weshalb sonst die Einreden vor angestellter Klage keiner Verjährung ausgesetzt sind. Selbige müßten daher, glaubt man, ihrer Natur nach verlohren gehen, wenn der Beklagte die gesetzmäßige Zeit, binnen welcher er sein Recht klagend verfolgen durfte, ganz unbenutzt verstreichen lassen. Es sey also nur als eine Ausnahme von der Regel anzusehen, daß die Einrede des Betrugs perpetuirlich sey, welche ihren Grund darin habe, daß dieselbe von grösserem Umfange sey, als die Klage wegen des Betrugs. Denn sie könne einer jeden unbilligen Forderung des Klägers entgegen gesetzt werden, wenn auch kein eigentlicher Dolus begangen worden. Allein wer mit diesem Raisonnement die gründliche Widerlegung des Hrn. Prof. Webers [59]) vergleicht, wird nicht leicht jener Meinung seinen Bey-

58) ODDUS cit. Tr. P. I. Qu. 35. Art. 7. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XI. §. 31. MEVIUS P. III. Decis. 333. LAUTERBACH Colleg. Pand. Lib. IV. Tit. 6. §. 28. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. IV. Tit. 2. Qu. 10. Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 8. Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 1. Band §. 129. u. a. m.

59) Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. Stück. Nr. I. S. 7—13. der zweyten Ausgabe.

Beyfall geben können. An Gesetzen, welche dieselbe unterstützen, fehlt es ohnehin. Im Gegentheil ist in der oben angeführten Stelle des Paulus offenbar von einer solchen Art der Exception die Rede, wo der Beklagte das ihm zustehende Recht auch klagend verfolgen konnte, und es ist darin auch nicht eine Spur zu finden, daß der Grund, warum die Einrede des Betrugs dem Beklagten dennoch vorbehalten bleibt, wenn gleich die Klage wegen des Betrugs nur temporell ist, aus besondern Verhältnissen, die blos dieser Einrede eigen wären, hergeleitet werde. Vielmehr erklären auch in andern Fällen die Gesetze Einreden für immerwährend, wenn gleich die Klage, mit welcher der Beklagte sein Recht ebenfalls hätte verfolgen können, nur von kurzer Dauer ist [60]. Es läßt sich daher wohl mit Grund nicht bezweifeln, daß den Einreden der prätorischen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keine Verjährung entgegen gesetzt werden könne, wenn gleich die Zeit, binnen welcher der Beklagte sein Recht klagend verfolgen durfte, bereits gänzlich verstrichen seyn sollte, wenn man zumal erwägt, daß durch die extinctive Verjährung nicht sowohl das Recht und die Verbindlichkeit an sich, als vielmehr nur die gerichtliche Verfolgung durch Klagen ausgeschlossen werde [61]; es muß folglich auch wegen der an sich nicht aufgehobenen Verbindlichkeit so lange eine Einrede Statt finden, bis

60) *L. 5. C. de except.* Licet *unde vi interdictum* intra annum locum habeat, tamen *exceptione perpetua* succurri ei, qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate iuris manifestatur.

61) S. H. Prof. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 92. S. 426. folgg.

bis man Gesetze beybringt, welche das Gegentheil verordnen [62].

III) Wird die Restitution mittelst einer Replik gesucht, so ist sie der Regel nach eben der Verjährung, wie die Restitutionsklage, ausgesetzt [63]. Denn die Replik ist, wie Ulpian [64]) sagt, eine Gegeneinwendung des Klägers, wodurch er die Einrede des Beklagten zu entkräften sucht. Diese darf also auf keine Weise dazu gemißbraucht werden, um eine schon verjährte Klage durchzusetzen [65]. Aus diesem Grunde verstatten daher die Gesetze nicht einmal den Minderjährigen, das Gesuch der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als Replik vorzubringen, wenn die gesetzliche Zeit, binnen welcher die Handlung eines Minderjährigen nach erlangter Großjährigkeit noch angefochten werden darf, bereits verstrichen ist, wie Ulpian [66]) in dem bereits oben [67]) vorgekommenen Rechtsfalle lehrt, welcher daselbst ausdrücklich sagt: praeterea *exceptio* ista (daß darunter die Replik des minderjährigen Alters zu verstehen sey, lehrt der Zusammenhang [68]) statutum tempus post annum

62) Hierin stimmen überein FABER in Cod. Lib. II. Tit. 35. Def. 2. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXII. cap. 2. in fin. CARPZOV Respons. iur. Lib. II. Resp. 96. nr. 2. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. III. Obs. 481. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. Lib. IV. Tit. 2. Qu. 10. not. y.

63) KOCH cit. Diss. §. 7.

64) *L.* 2. §. 1. *D. de except. L.* 22. §. 1. *D. eodem.*

65) Weber in den angeführten Beyträgen. Nr. I. S. 12.

66) *L.* 9. §. 4. *D. de iureiur.*

67) S. §. 435. S. 416.

68) Es geschieht in den Gesetzen öfters, daß unter dem Ausdruck exceptio des Klägers Replik verstanden wird. §. 3. *I. de Replicat.*

XXV. non debet egredi. Eine Ausnahme findet Statt, wenn durch die Replik der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Einrede des Beklagten aus einem Vertrage entkräftet werden soll, wodurch der Kläger demselben eine gewisse Schuld erlassen hat. In diesem Falle kann die Replik ohne alle Einschränkung auf eine gewisse Zeit, mithin immerwährend, vorgeschützt werden. Hierher gehört, wenn der Gläubiger durch Betrug des Schuldners verleitet worden ist, demselben die Schuld zu erlassen, oder eine Quittung auszustellen, daß die Schuld bezahlt sey. Von diesem Falle reden die Kr. Diocletian und Maximian, wenn sie an eine gewisse Helena rescribiren[69]: Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis praefinitione *de dolo replicare* potes. Der Grund dieser Entscheidung scheint mir nicht, wie Donell[70]) will, darin zu liegen, weil es eben so wenig in der Gewalt des Klägers oder Gläubigers stehe, wenn der Beklagte seine Einrede vorbringt, um sich dagegen mit seiner Replik vertheidigen zu können, als es von dem Beklagten abhange, wenn er belangt seyn wolle. Denn daraus würde folgen, daß die Replik des Klägers eben so wenig, als die Exception des Beklagten, einer Verjährung unterworfen sey; da es doch allerdings der Kläger in seiner Gewalt hat, wenn er klagen will, um den Beklagten in den Stand zu setzen, seine Einrede gegen die Klage vorzubringen. Perez[71]) scheint mir daher die Sache richtiger getroffen zu haben, wenn er den Grund darin setzt, weil durch ein solches Pactum, welches durch den Betrug des Schuldners ver=

69) *L.* 6. *Cod. de Except.*

70) Commentar. ad L. 6. Cod. de Except.

71) Praelect. in Cod. Lib. VIII. Tit. 36. nr. 30.

veranlaßt worden ist, die vorige Klage des Gläubigers nicht aufgehoben wird, sondern noch mit der Wirkung wider den Schuldner angestellt werden kann, daß, wenn der Beklagte die Einrede des Vertrags vorschützt, der Kläger solche durch die Replik des Betrugs entkräften kann [72]), welche nun hier darum an keine gewisse Zeit gebunden ist, weil die Klage des Gläubigers, der sie gleichsam, wie Cujaz [73]) sagt, zu Hülfe kommt, perpetuirlich ist. Eben dieses wendet Hr. Kanzler Koch [74]) auch nicht ohne Grund auf die Replik der Restitution wegen der Minderjährigkeit an. Z. B. ein Minderjähriger hat mit seinem Schuldner das Pactum gemacht, daß ihm die Schuld erlassen seyn solle. Gleichwohl klagt nachher der minderjährige Gläubiger auf die Bezahlung der Schuld. Der Schuldner setzt ihm die Einrede des Vertrags entgegen. Hier kann der Kläger in der Replik sich noch immer damit schützen, daß der Vertrag während seiner Minderjährigkeit geschlossen worden sey, wo er noch nicht die freye Disposition über sein Vermögen gehabt; wenn gleich die Zeit, binnen welcher sonst den Minderjährigen nach erlangter Majorennität die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen verstattet ist, bereits verstrichen seyn sollte. Endlich

IV) wenn die Restitution mittelst einer Duplik in Anregung gebracht wird, so ist sie eben so wenig, als die Einrede, in eine gewisse Zeit eingeschränkt [75]).

72) *L. 3. C. de Except.*

73) Recitat. solemn. ad L. 6. C. de Except.

74) Cit. Diss. §. 7. in fin.

75) KOCH cit. Diss. §. 8.

§. 440.

Rechtmäßige Ursachen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt nun endlich auch eine rechtmäßige Ursach voraus, woraus erhellet, daß die Läsion ohne eigene Schuld des Implo- ranten entstanden sey; oder demselben doch wenigstens den Rechten nach nicht zur Schuld zugerechnet werden könne. Diese Ursachen sind theils in den Gesetzen ausdrücklich be- stimmt, theils unter der allgemeinen Ursache der Billigkeit begriffen. Von beyden ist schon oben (§. 432. nr. 3.) gehandelt worden. Hier bemerke ich mit unserm Verf. nur noch den Unterschied, daß bey einer solchen Restitu- tion, die aus einer bestimmten Ursach gesucht wird, der bloße Beweiß der erlittenen Läsion hinreichend ist, ohne noch besonders darthun zu dürfen, daß man dabey ausser Schuld sey, weil der Implorant entweder deshalb schon die rechtliche Vermuthung für sich hat, oder, wenn er die Restitution wegen der Minderjährigkeit sucht, ihm seine Uebereilung nicht zur Last gelegt wird. Dahingegen muß der Implorant, welcher aus einer unbestimmten Ursache, der bloßen Billigkeit wegen, die Restitution ex clausula Praetoris generali sucht, außer dem Beweiß einer er- littenen Verletzung, noch insbesondere darthun, daß er ausser Schuld sey.

§. 441.

Wirkung der gesuchten Restitution.

Wenn nun die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten wird, so muß vor der Hand alles in seinem jetzigen

Zu-

Zustand bleiben, bis über das Gesuch erkannt worden ist[76]). Zu dem Ende muß nun das Restitutionsgesuch dem Gegner des Imploranten zugefertiget, und dieser mit seinen Einwendungen dagegen gehört werden. Dem Richter aber liegt ob, zu untersuchen, ob diejenigen Erfordernisse vorhanden sind, daß dem Imploranten die gesuchte Restitution zu Theil werden kann. Wird die Restitution wider ein richterliches Erkenntniß gesucht, so darf der Regel nach, vor ausgemachter Sache, auch nicht zur Execution geschritten werden[77]); es wäre denn, daß das Restitutionsgesuch auf solche Gründe wäre gebauet worden, deren Erörterung noch weit aussehend und mit vielen Weitläuftigkeiten verbunden ist, so daß es fast das Ansehen hat, als ob nur zum Aufschub der Execution die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht worden sey. In diesem Falle erlaubt wenigstens das kanonische Recht[78]), die Execution gegen hinlängliche Sicherheitsbestellung vorzunehmen.

§. 442.

Wirkung der erhaltenen Restitution.

Wird nun dem Gesuch des Imploranten gemäß erkannt, so besteht die **Wirkung der erhaltenen Restitution** darin, daß die Sache wieder in den Zustand kommt, worin sie vor der geschehenen Verletzung war. Derjenige also, welcher in den vorigen Stand wieder eingesetzt worden

 ist,

76) *L. un. Cod. in integr. restitut. postul. ne quod novi fiat.*

77) *L.* 32. *Cod. de Transact.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. VOET Comm. h. t. §. 25.

78) *Cap.* 6. *et* 7. *X. h. t.* MEVIUS P. III. Decis. 19. P. VII. Decis. 57. et 274. LEYSER Specim. LVII. med. 2.

ist, erhält nun entweder dadurch sein verlohrnes Recht, oder die ihm entzogene Sache wieder; oder er kann nun das noch thun, was er vor der Restitution zu thun unterlassen hatte [79]; oder er wird dadurch von einer übernommenen Verbindlichkeit befreyet. Durch die Restitution soll jedoch der Implorant nur ausser Schaden gesetzt werden, allein daß er dadurch gewinne, wollen die Gesetze nicht. Hat also der Verkäufer die Restitution gegen einen nachtheiligen Kauf erhalten, so bekommt er zwar seine Sache wieder, er muß aber auch das erhaltene Kaufgeld zurück geben [80].. Qui restituitur in integrum, so rescribirt Kr. Antonin an einen gewissen Tatian [81], sicut in damno morari non debet, *ita nec in lucro*: et ideo quicquid ad eum pervenit vel ex emtione vel ex venditione, vel ex alio contractu: hoc debet restituere. Die Früchte der Sache müssen zwar auch restituirt werden [82], jedoch können dagegen auch die Zinsen des Geldes, welches dem andern Theile wieder herausgegeben werden muß, gefordert werden [83]; in sofern nicht etwa deshalb eine verhältnißmäßige Compensation

79) *L.* 7. §. 11. *D. de Minorib.* Item si non provocavit intra diem, subvenitur ei, *ut provocet;* finge enim hoc desiderare. *L.* 2. *Cod. si ut omiss. heredit. L.* 8. *Cod. de in int. restitut. minor.*

80) *L.* 27. §. 1. *D. de minorib.*

81) *L. un. C. de reputationib. quae fiunt in iud. in int. rest.*

82) *L.* 23. §. 2. *L.* 28. §. *ult. D. Exquib. caus maior. L.* 24. §. 4. *D. de minorib. L.* 27. §. 1. *D. eodem.*

83) *L.* 27. §. 1. *D. de minorib.* Venditor, qui pretium reddidit, etiam *usuras*, *quas ex ea pecunia percepit, aut percipere potuit*, reddat; et *fructus*, quibus locupletior factus est iuvenis, recipiat.

tion Statt findet [84]); und eben so sind die auf die Sache verwendeten nothwendigen und nützlichen Unkosten zu vergüten [85]), welche nicht auf die von der Sache gezogenen Früchte abgerechnet werden können [86]). Ueberhaupt, sagt Ulpian [87]), muß die Restitution auf eine solche Art geschehen, daß ein jeder das Seinige wieder bekommt. Nur dann ist Implorant seinen Gegner zu entschädigen nicht schuldig, wenn er durch das, was dieser für die zu restituirende Sache gegeben hat, nicht reicher worden ist [88]). Z. B. mir ist die Sache unentgeldlich abgezwungen worden, welche der Extorquent dem Dritten verkauft hat, wider welchen ich die Restitution ex causa metus erhalten habe. Hier muß mir die Sache unentgeldlich herausgegeben werden, wenn gleich der Beklagte in bona fide ist [89]). Ebenso muß den Gläubigern, wenn sie wegen einer zu ihrem Nachtheil geschehenen Veräusserung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten haben, die von dem Schuldner veräusserte Sache mit den

84) *L.* 40. §. 1. *D. de minorib.* Praedia patris sui minor annis viginti quinque ob debita rationis tutelae aliorum, quam pater administraverat, in solutum inconsulte debit. Ad suam aequitatem per in integrum restitutionem revocanda res est; *usuris pecuniae*, quam constiterit ex tutela deberi, *reputatis*, et *cum quantitate fructuum perceptorum compensatis.*

85) *L.* 39. §. 1. *D. eodem.* Aufwand zum Vergnügen wird nicht vergütet. *L.* 32. §. 5. *D. de administr. et peric. tutor.*

86) DOMPIERRE h. t. §. 47. POTHIER Pandectae Iustinian. T. I. Lib. IV. Tit. 4. nr. LVI.

87) *L.* 24. §. 4. *D. de minorib.*

88) *L.* 32. §. 4. *D. de administr. et peric. tutor.*

89) *L.* 23. *C. de Rei vindicat. L.* 2. *Cod. de furt.* LAUTERBACH Colleg. Pand. Lib. IV. Tit. 2. §. 31.

den Früchten zurück gegeben werden, ohne dem Besitzer dasjenige, was er dafür gegeben, vergüten zu dürfen, wenn nicht etwa das Kaufgeld noch unter dem Vermögen des Schuldners befindlich, oder aber zum Nutzen desselben verwendet worden ist [90]). Da durch die Restitution die Sache wieder in den Zustand kommt, in welchem sie sich vor dem nachtheiligen Geschäft befand, so wachen nun auch die vorigen Klagen wieder auf, die durch den aufgehobenen Vergleich waren niedergeschlagen worden [91]); so wie auch, wenn ein Minderjähriger gegen eine Expromission in den vorigen Stand gesetzt wird, dem Gläubiger die Klage gegen den vorigen Schuldner wieder zusteht, von welcher er durch die Expromission war befreyet worden [92]); wenn gleich diese Klage nur temporell war, sie muß nur aber freylich binnen der Zeit angestellet werden, welche zur Zeit der geschehenen Intercession dem Gläubiger noch übrig war [93]). Allein daß dem Gegner die Proceßkosten jederzeit erstattet werden müßten, ist keine nothwendige Folge der Restitution, wie Wernher [94]) behaupten will; sondern dieses findet nur dann Statt, wenn gegen die Versäumniß einer Nothfrist, oder gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß die Restitution ertheilt

90) *L.* 7. *et* 8. *L.* 10. §. 20. *L. ult.* §. 4. *D. Quae in fraud. creditor.*

91) *L.* 1. *et* 2. *Cod. Si advers. transact.* Vid. *Aem. Lud.* HOMBERGK *zu Vach* Diss. de reviviscentia iurium extinctorum. (*Marb.* 1743.) Cap. II. §. 22. sqq.

92) *L. un.* §. 1. *Cod. de Reputation. quae fiunt in iudic. rest. in integr.*

93) *L. ult. D. de minorib.*

94) Observat. for. T. I. P. IV. Obs. 113.

theilt worden ist [95]). Ausser diesem Falle ist kein Grund vorhanden, warum das Restitutionsgesuch, welchem sich der Gegner vielleicht aus Chikane, oder doch ohne hinreichenden Grund wiedersetzt hatte, blos auf Kosten des Verletzten durchgesetzt werden sollte, wenn zumahl die Läsion durch eine widerrechtliche Handlung des Beklagten, wie bey der Restitution ex causa metus oder doli, wäre verursacht worden.

§. 443.

In wiefern kommt die Restitution dem Successor des Verletzten zu statten? Wider wen kann dieselbe gesucht werden?

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist keine blos persönliche Rechtswohltat, die sich nur etwa auf die Person desjenigen einschränkt, welcher die Läsion selbst erlitten hat, sondern sie kommt auch denen zu statten, welche in desselben Rechte eintreten. In dieser Rücksicht kann ich denjenigen Rechtsgelehrten [96]) nicht unrecht geben, welche die Restitution für ein beneficium reale halten [97]). Denn sie wird 1) auch den Erben des Verletzten zu Theil [98]), wenn gleich

95 LEYSER Spec. LVII. med. 3.

96) *Petr. de* TOULLIEU Collectan. iur. civ. Diss. XV. pag. 378. sq. SCHMID Diss. de restitutione in integrum num sit beneficium reale, an personale. *Ienae* 1777. §. 4. sqq. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 813. Anderer Meinung ist zwar VINNIUS in select iur. Quaestion. Lib. I. cap. 11. Es lassen sich jedoch diese verschiedene Meinungen wohl vereinigen, wie ich in meiner Diss. de vita petendae restitut. in integr. Cap. I. §. 4. (*Opusc.* Fasc. II. pag. 283. sqq.) gezeigt habe.

97) *L.* 196. *D. de Reg. iur. L.* 7. *pr. et* §. 1. *D. de Except.*

98) L. 6. *D. h. t.* Non solum minoris, verum eorum quoque omnium, qui reipublicae causa abfuerunt, item *omnium, qui ipsi*

gleich der Verstorbene sie bey seinem Leben nicht gesucht [99]), auch der Erbe diejenige Eigenschaft nicht hat, wodurch das Recht, Restitution zu suchen, in der Person des Erblassers begründet wurde. Z. B. der Erbe des Minderjährigen kann wegen einer Läsion seines Erblassers die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich für seine Person großjährig ist [100]). Es muß nur aber freylich der Verstorbene nicht etwa bey seinem Leben schon erklärt haben, daß er sich dieser Rechtswohlthat nicht bedienen wolle [1]), welches jedoch

ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt: et ita saepissime est constitutum. Sive igitur *heres* sit, sive is, *cui hereditas restituta est*, sive *filii familias militis successor;* in integrum restitui poterit. Es ist merkwürdig, daß nach diesem Gesetz, wie die nachfolgenden Worte desselben lehren, auch ein Patron, wenn er einen minderjährigen Freygelassenen seiner begangenen Undankbarkeit wegen in die Sklaverey zurückgezogen, gegen eine von demselben, während seiner Freyheit, geschehene Antretung einer verschuldeten Erbschaft die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen konnte, und daß ihm diese Wohlthat auch sogar alsdann zu statten kam, wenn gleich der Freygelassene nicht mehr minderjährig gewesen. Denn da der Patron nicht um der Erbschaft willen, sondern blos um den Freygelassenen zu bestrafen, sich seines Rechts bedient hatte, so konnte man ihm auch nicht zumuthen, diese Erbschaft zu behalten. S. SCHULTING in Prot. Dig. h. t. §. 4.

99) L. 14. §. 2. *D. Quod met. caus.* L. 5. *Cod. de temp. in int. restitut.* HOFACKER c. l. §. 813.

100) *L.* 18. §. 5. *D. de minorib.* Non solum autem minoribus, verum *successoribus* quoque *minorum* datur in integrum restitutio, *etsi sint ipsi maiores.*

1) WERNHER Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 239. nr. 4. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 16.

doch im Zweifel nicht vermuthet wird, und daher von dem Gegner erst erwiesen werden muß [2]); und dann muß auch bey Lebzeiten des Verletzten die Zeit noch nicht verstrichen seyn, binnen welcher die Restitution gesucht werden muß [3]). Denn nur die Zeit, die dem Erblasser noch übrig war, kommt dem Erben desselben zu gute, und diese nimmt in dem Falle, da der Erbe noch minderjährig ist, erst mit dem Tage der erlangten Großjährigkeit, bey einem andern Erben aber mit dem Tage, da er die Erbschaft angetreten hat, ihren Anfang [4]). Die Restitutionswohlthat kann ferner 2) cedirt werden [5]). Dies ist erstens in Ansehung derjenigen Restitution, welche den Großjährigen wegen erlittenen Zwangs, oder wegen eines Betrugs, oder wegen der Abwesenheit, oder sonst einer andern Ursache wegen ertheilet wird, ausser allem Zweifel [6]). Wenn ich daher die Sache oder das Recht, in Ansehung dessen ich die Läsion erlitten habe, und wegen welcher mir die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zusteht, einem Andern durch Kauf, Schenkung, oder Vermächtniß u. dergl. überlassen habe, so geht auch die Restitutionswohlthat auf denselben über, quia cedens omne ius

2) CARPZOV Respons. Lib. II. Resp. 98. nr. 19. sqq. ist zwar anderer Meinung; allein man sehe SCHMID cit. Diss. §. 6.

3) *L. un. Cod. Si advers. dotem.*

4) L. 19. *D. de minorib.* L. 5. *Cod. de tempor. in integr. restitut.* KOCH Diss. de praescriptione restitutionis in integr. §. 3. pag. 24.

5) ODDUS Tr. de Restitut. in int. P. I. Qu. XLIX. nr. 22. STRYK Diss. de iuribus et actionib. non cessibilibus Cap. V. §. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 813. nr. IV.

6) DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 6.

ius suum in cessionarium transtulisse intelligitur [7]). Es findet aber auch zweytens die Cession bey der Restitution der Minderjährigen wenigstens in sofern Statt, daß der Cessionar dieselbe als ein Procurator in rem suam suchen kann [8]). Zu dieser Cession ist sogar der Minderjährige verbunden, wenn er sich den Geschäften eines Großjährigen ohne Auftrag unterzogen, und diesen dadurch in Schaden gebracht hat [9]). Endlich kommt auch 3) die Restitution den Bürgen

7) SCHMID cit. Diss. §. 8.

8) Auf eine solche Art kann also die Cession der Restitutionswohlthat von dem Minderjährigen nicht geschehen, daß der Cessionar deßhalb in eigenem Namen klagen könnte, so wie sonst eigentlich ein Cessionar nach der Verordnung des Kr. Pius actione utili klagen kann, *L.* 16. *D. de pact.* weil diese Rechtswohlthat in einer besondern Begünstigung des minderjährigen Alters ihren Grund hat. *L.* 1. *D. de minor.* welcher Grund bey einem Großjährigen wegfällt. *L.* 69. *D. de Reg. iur.* Allein auf die Art geht die Cession an, wenn der Minderjährige dem Großjährigen Vollmacht giebt, damit dieser im Namen des Minderjährigen, und als ein Procurator in rem suam, die Restitution suche. *L.* 24. *pr. D. de minorib.* Daher sagt Ant. FABER in Rational. ad h. L. ganz richtig, beneficium restitutionis, quod datur minori, potius *mandari*, quam *cedi;* wie auch die L. 25. *in fin. D. de administr. et peric. tutor.* nicht undeutlich anzeigt. Man sehe *Io. Dan.* GRUBER Diss. de actionibus mandatis. *Halae* 1723. §. 15. und meine Diss. de vita pet. restit. in int. praetor. Cap. I. §. 4. not. 44.

9) L. 24. *pr. D. de minorib.* Zuweilen kann man sich gegen den Minderjährigen mit der exceptione doli helfen, um die Cession seiner Rechtswohlthat von ihm zu erhalten. L. 25. *D. de administr. et peric. tutor.*

gen zu statten [10]), nicht nur wenn der Hauptschuldner solche wirklich erhalten, und hierdurch von seiner Verbindlichkeit befreyet worden ist; weil es widersprechend seyn würde, den Bürgen zu Erfüllung einer Verbindlichkeit anhalten zu wollen, welche nicht mehr vorhanden ist [11]); sondern es kann sich der Bürge auch derjenigen Einreden, die dem Hauptschuldner wegen der Restitution zustehen, von selbst bedienen, wenn gleich der Schuldner die ihm deswegen zustehende Restitution weder gesucht hätte, noch suchen wollte. *Rei* autem *cohaerentes exceptiones*, sagt Paulus [12]), etiam *fideiussoribus* competunt: ut rei iudicatae, *doli mali*, iurisiurandi, *quod metus causa factum est*. — Idem dicitur, et si pro filiofamilias contra Senatusconsultum quis fideiusserit, aut *pro minore viginti quinque annis circumscripto*. Quodsi deceptus sit *in re*, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio; und Marcian [13]) setzt noch hinzu: Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque, *etiam invito reo*, competunt. Ein anderes wäre freylich, wenn die ganze Intercession blos zu dem Ende geschlossen worden, um den Gläubiger auf den Fall zu sichern, wenn sich der Hauptschuldner der Rechtswohlthat der Restitution bedienen sollte. Hier würde es höchst unbillig seyn, wenn

10) *Lud. Iul. Frid.* HOEPFNER Diss. de effectu restitutionis in integrum quoad fideiussorem. *Giessae* 1771. SCHMID cit. Diss. §. 13. sqq.

11) S. H. Prof. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 113.

12) L. 7. §. 1. *D. de Exception.*

13) L. 19. *D. eodem.*

wenn man den Bürgen zum Nachtheil des Gläubigers von seiner Verbindlichkeit freysprechen wollte, da der Schuldner, auf dessen Bestes die Anordnung der Gesetze nur abzielt, doch immer gedeckt bleibt, folglich der Absicht des Gesetzgebers in keinem Betrachte zuwider gehandelt wird, der Bürge aber dem Gläubiger eben dafür zu haften angelobet hat, daß wider ihn von der bürgerlichen Ungültigkeit des Hauptgeschäfts kein Gebrauch gemacht werden soll [14]. Dies ist besonders der Fall bey dem Bürgen eines Minderjährigen, welcher, wie Papinian sich ausdrückt [15], *contemplatione iuris Praetorii*, quod potuit auxilio minori esse, fidejubirt hat, und dies ist wenigstens alsdann immer zu vermuthen, wenn der Bürge die wahre Beschaffenheit der Hauptschuld, oder die persönliche Eigenschaft des Schuldners gekannt, und nichts desto weniger die Intercession übernommen hat [16]. Ich werde hiervon in dem Titel de minoribus ausführlicher handeln.

§. 443.

Wider wen wird die Restitution gesucht?

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird nun eigentlich wider denjenigen gesucht, durch welchen man verletzt worden ist; der Beklagte muß nur nicht eine solche Person seyn, welcher man Ehrerbietung schuldig ist. Denn es wäre unschicklich, einer solchen Person den Vorwurf zu machen, daß man von ihr verletzt oder vervortheilt worden sey.

14) Weber a. a. O. S. 527. ff.

15) *L.* 95. §. 3. *D. de Solution.*

16) *L.* 13. *D. de minorib.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 813.

sey. Daher werden Kinder gegen ihre Eltern mit dem Restitutionsgesuch nicht gehört. Unter den ältern römischen Rechtsgelehrten [17]) waren zwar hierüber die Meinungen getheilt; allein Justinian [18]) entschied diesen Streit in einer von den 50 Decisionen, welche folgendermaßen lautet: Cum apud veteres dubitabatur, an liberi parentes suos, vel liberti patronos in querimoniam deducere possent, quasi non rite in eos versatos: quidam existimabant, nullam esse contra huiusmodi personas in integrum restitutionem; pudore naturali, vel patronali reverentia huiusmodi petulantiae refragante, nisi vel ex magna causa, vel adversus turpem eorum personam. Alii autem personarum quidem vel causae distinctionem respuendam esse censuerunt; tunc autem tantummodo dandam esse restitutionem putaverunt, cum minor ex sua simplicitate se deceptum, non ex dolo patris, vel patroni circumscriptum esse diceret. *Sed ut maneat in omnibus honor parentibus et patrono illibatus atque intactus;* sancimus, *nullo modo neque adversus paren-*

17) Man sehe z. B. die *L.* 27. *in fin. D. de minorib.* wo Cajus behauptet, die Restitution könne auch gegen diejenigen gesucht werden, quorum de dolo agere non permittitur. Nun findet bekanntermaßen gegen Eltern und Patronen die actio doli nicht Statt. *L.* 11. *D. de dolo malo.* Die nachfolgenden Worte *nisi quaedam personae speciali lege exceptae sint* sind unstreitig ein Zusatz vom Tribonian, wie schon *Em.* MERILLIUS in Exposit. in L. Decision. Iustin. Nr. XLIII. pag. 120. *Franc.* RAGUELLUS Comm. ad Constitut. et Decision. Iustin. pag. 105. *Io.* STRAUCH ad L. Decis. Iustiniani Exercit. III. cap. I. nr. 43. u. a. m. bemerkt haben.

18) L. *ult. Cod. qui et advers. quos in integr. restit. non poss.*

parentes utriusque sexus, neque adversus patronum dari restitutionem: nam personarum reverentia omnem eis excludit restitutionem; cum procul dubio sit, etiam ipsas personas cavere, ne quid suae opinioni contrarium existat. Verschiedene Rechtsgelehrten[19]) wollen nun zwar diese Verordnung blos auf diejenige Restitution einschränken, welche wegen der Minderjährigkeit gesucht wird, und glauben, daß aus solchen Ursachen, aus welchen Großjährige die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen können, das Wiederherstellungsgesuch auch selbst gegen die Eltern wenigstens in sofern nicht unzuläßig sey, daß eine actio in factum angestellet werden könne. Es läßt sich aber diese Meinung mit der Allgemeinheit des gesetzlichen Grundes nicht füglich vereinigen, wie schon von andern[20]) hinlänglich gezeigt wor-

19) Ausser Bartolus und Baldus hat diese Meinung unter den neuern Rechtsgelehrten besonders *Ioh. Henr.* BERGER in Enarrat. L. 2. Cod. qui et advers. quos in integr. restit. non poss. qua utrum et quatenus liberi gesta parentum impugnare queant, expenditur. *Lipsiae* 1705. 4. zu behaupten gesucht. Man sagt, es sey nicht glaublich, daß Justinian durch seine Constitution die *L.* 11. *D.* und *L.* 5. *C. de dolo malo* habe aufheben wollen. Allein andere lassen aus diesem Grunde zwar eine actionem in factum wieder die Eltern zu, welche aber nicht, wie die Restitution, auf eine Rescission des mit den Eltern geschlossenen Geschäfts, sondern blos auf Entschädigung gerichtet werden kann. S. SCHAUMBURG Comp. iur Digest. h. t. §. 13. BOEHMER iur. Dig. Lib. IV. Tit. 3. §. 8. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 814. Dieser Meinung ist auch unser Verf. not. n.

20) S. *Ant.* FABER Rational. ad L. 3. §. 5. D. de minor. DOMPIERRE Spec. de Restitut. in integr. h. t. §. 13. *Gottl.* LEISTEN Diss. de restitutione in integrum ob reverentiam denegata, praes.

worden ist. Soviel ist indessen gewiß, daß das Gesetz nur von leiblichen Eltern spricht [21]), es wird auch dabey vorausgesetzt, daß die Eltern das Geschäft mit den Kindern selbst geschlossen haben, und daß gegen sie, als Eltern, die Restitution verlangt werde. Es findet daher gegen den Dritten, mit welchem die Eltern das nachtheilige Geschäft geschlossen haben, die Restitution allerdings Statt [22]); und nach einer neuern Verordnung des Kr. Justinians [23])

 ist

praes. *Ioh. Henr.* BERGERO *Vitemb.* 1695. def. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius contr. h. t. Qu. S. not. e.

21) Gegen Adoptiv- und Stiefeltern findet die Restitution Statt. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LVII. medit. 1.

22) *L.* 2. *C. Si advers. donat. L.* 2. *Si advers. rem. iud. L. ult.* §. 2. *C. de bon. quae lib.* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. S.

23) *Nov. CLV. Cap.* 1. — Quoniam sacra nostra sanctio (*L. ult. C. qui et advers. quos*) nullam mentionem facit earum mulierum, *quae, suscepta filiorum suorum tutela, secundas amplexae sunt nuptias:* non liceat *Auxentiae*, eam sacram nostram sanctionem perperam in usum desumere. — Summam itaque licentiam habere *Martham* (die Tochter der Auxentia, über welche diese die Vormundschaft geführt hatte) sancimus, ut restitutionis in intregrum iure utatur: sacra sanctione a nobis proposita, quae sancit, *ne filii contra parentes suos possint restitutionis in integrum iure uti*, neutiquam ipsi obiicienda, propterea quod nihil Lex de his disputet, *quae filiorum suorum tutelam susceperunt.* — Unde omnibus modis hoc etiam casu convenit, ut si *Martha* comprobaverit, non praeteriisse ea tempora, in quibus restitutoriae ipsi actiones competunt, tam restitutione in integrum utatur, quam omnibus aliis, per quae leges nostrae minoribus aetate opem et auxilium praebent. Wenn nun der Kaiser noch hinzufügt: Sancit etenim nostra potentia, ut omnis reve-

ist es den Kindern erlaubt, gegen ihre Mutter, als gewesene Vormünderin, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen, wenn sie besonders durch ihre Wiederverheyrathung, zu welcher sie gegen ihr Versprechen geschritten, die Kinder in Schaden gebracht hat.

Zuweilen kann die Restitution auch gegen den dritten Besitzer der Sache gesucht werden. Dies findet Statt, 1) wenn die Restitutionsklage eine actio in rem scripta ist, wie

reverentia, quae parentibus debitur a liberis, item honor, atque obsequium parentibus conservetur: *dum tamen nihil ab ipsis in illorum detrimentum fiat;* so glaubt zwar VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. Justinian habe hierdurch das alte Recht wieder hergestellt. Allein daß der Kaiser die *L. ult. C. Qui et adv. quos* nicht habe aufheben wollen, erhellet aus dem Vorhergehenden. Es sind diese letztern, wenn gleich allgemein gefaßten Worte nur von dem Falle zu verstehen, wovon die Nov. 155. spricht, wie schon DOMPIERRE Specim. cit. h. t. §. 14. gegen Voet erinnert hat. Mehrere Rechtsgelehrte wollen jedoch die Verordnung dieses Gesetzes auf alle Mütter ausdehnen, welche zur zweyten Ehe geschritten sind, weil sich insgemein die Gesinnungen der Mütter gegen die Kinder der ersten Ehe durch Eintritt eines Stiefvaters zu ändern pflegen; plerumque enim, sagt die *L. 22. C. de administrat. tutor.* novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt. S. GIPHANIUS in Comm. ad L. 2. C. Qui et advers. quos. pag. 110. und BERGER in Enarrat. L. 2. cit. §. 38. Allein das Gesetz redet ausdrücklich nur von solchen Müttern, die die Vormundschaft über ihre Kinder geführt haben, und der Grund desselben beruhet in der Pflichtvergessenheit, zu welcher selbige durch ihre anderweite Verehelichung verleitet worden sind. S. LEISTEN cit. Diss. §. 24. und SCHULTING ad Prota Pand. Lib. IV. Tit. 4. §. 14.

wie die *actio quod metus causa.* 2) Wenn dem Verletzten eine wirkliche Realklage gestattet wird, wie z. B. den Minderjährigen, wenn ihnen daran gelegen ist, die veräußerte Sache in Natur wieder zu erhalten, oder sonst kein anderes Mittel der Entschädigung übrig ist [24]). 3) Wenn das durch Verjährung oder sonst verlohrne Recht, welches man durch die Restitution wieder zu erhalten sucht, ein dingliches Recht ist, z. B. ein Eigenthums- oder Erbrecht. Daher ist die actio rescissoria bald eine Real- bald eine Personalklage [25]), wie ich am gehörigen Orte zeigen werde. Hieraus erhellet, daß die Restitutionsklage nicht in jedem Falle wider den dritten Besitzer der Sache Statt finde, wie Pothier [26]) behauptet, der nur die actionem doli ausnimmt.

24) *L.* 13. §. 1. *L.* 14. *D. de minorib.*

25) HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 856.

26) Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. IV. Die *L.* 5. *D. h. t.* Nemo videtur exclusus (eigentlich *re exclusus*, wie *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Lib. IV. §. 1. mit Beystimmung der Basiliken lieset; und *re exclusus* ist so viel als actione exclusus, wie ich in meiner Diss. de vita pet. Restitut. in int. praet. §. 20. not. 44. *Opusc.* Fasc. II. p. 401. gezeigt habe) quem Praetor in integrum se restituturum pollicetur, worauf sich POTHIER bezieht, beweißt seine Meinung nicht, sondern will nur so viel sagen, daß derjenige, welcher nach der Subtilität des strengen Civilrechts seine Klage verlohren, dennoch vermöge der Fiction des prätorischen Rechts als ein solcher anzusehen sey, dem seine Klage noch zustehe, weil der Prätor die Verjährung, oder wodurch sonst die nach dem strengen Rechte erloschene Klage verlohren gieng, als nicht geschehen, wieder aufhebt, und alles wieder in den Stand setzt, worin die

Lib. IV. Tit. II.

Quod metus causa gestum erit.

§. 444.

Urheber des Edicts: *Quod metus causa.* Erläuterung des Ulpianischen Begriffs von der Furcht. Prüfung der Hellfeldischen Theorie von der Wirkung der Furcht bey rechtlichen Geschäften.

Die erste in dem Edict des Prätors besonders bestimmte Ursache der Restitution ist Furcht und Zwang, wodurch Jemand zu einem nachtheiligen Geschäft genöthiget worden ist. Von dieser sagt der Prätor: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* So hat uns nun zwar Ulpian[27]) die Worte des Edicts aufbehalten, allein die eigenen Fragmente aus den Schriften Ulpians in diesem Titel lehren, daß das Edict bey weiten nicht vollständig dargestellt sey. Heineccius[28]) ergänzt daher folgendes: *Sed si quid per metum ablatum esse dicetur, neque ea res arbitrio iudicis restituetur, intra annum, quo primum experiundi potestas erit, in quadruplum, post annum in simplum, causa cognita, iudicium dabo. In heredem quoque, quatenus ad eum pervenit, actionem dabo.* Ueber den

die Sache sich befand, ehe die Ursach, die den Verlust der Klage wirkte, eintrat. S. NOODT Comm. ad Pand. h. t. circ. fin. (T. II. *Oper.* pag. 106.) und FABER Rational. ad L. 5. D. h. t.

27) *L.* 1. *D. h. t.*

28) Opuscul. postum. in quib. historia Edictor. Edictique perpet. continet. *Halae* 1744. pag. 400. sqq.

den Urheber dieses Edicts sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Noodt[29]), dem auch Schulting[30]) folgt, eignet es einem gewissen Prätor Cassius zu, von welchem Ulpian[31]) sagt: Metus causa exceptionem CASSIUS non proposuerat, contentus doli exceptione, quae est generalis. Sed utilius postea visum, et de metu opponere exceptionem. Ob es jener Lucius Cassius sey, dessen Tribunal bey Valerius Maximus[32]) scopulus reorum genennt wird, oder ein anderer, ist nicht gewiß. Man glaubt indessen, der Prätor Lucius Cassius, von dem auch Cicero[33]) rühmt, daß seine strenge und unbestechliche Justizverwaltung den Namen der Cassianischen Richter veranlaßt habe, sey eben derjenige, dessen Ulpian gedenkt. Andere[34]) meinen jedoch theils in der angeführten Stelle Ulpians, theils in dem Charakter jenes strengen Richters, woraus sich immer eher Anhänglichkeit an das strenge Recht, als Stimmung für Billigkeit folgern läßt, einen Beweis des Gegentheils gefunden zu haben, und halten daher vielmehr den Prätor Lucius Octavius,

 der

29) De forma emendandi doli mal. cap. 16.

30) Enarrat. part. pr. Pand. h. t. §. 1.

31) *L.* 4. §. 33. *D. de doli mali et met. except.*

32) *Lib. III. Cap. VII.* §. 9.

33) *Orat. pro Rosc. Amerin. Cap.* 30.

34) GUNDLING lib. sing. de efficientia metus, tum in promissionib. liber. gent. tum etiam hominum privator. auxiliisq. contra metum. (*Halae* 1711. 4.) Cap. III. §. 4. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de exceptione metus iniusti in statu naturali et civ. *Halae* 1720. Cap. II. §. 3. *Christ. Gottl.* BIENER Histor. iur. civ. de restitutionib. in integrum. Cap. VI. pag. 29. sqq.

der auch im Jahr 678 das Consulat verwaltete, für den Urheber des Edicts *quod metus causa.* Nun wird zwar allerdings in einer gewissen Stelle des Cicero [35]) die Klage aus diesem Edict ausdrücklich *formula Octaviana* genennet; allein deßwegen kann man doch, wie ich glaube, dem Cassius nicht allen Antheil daran absprechen, denn ohne Grund gedachte Ulpian seiner bey der exceptione metus causa gewiß nicht. Ich stelle mir daher die Sache so vor. Der Prätor Cnejus Octavius, den Cicero [36]) seinem Bruder Quintus zum Muster vorstellt, führte zwar zuerst zu Gunsten derjenigen eine Klage ein, welchen durch Furcht und widerrechtlichen Zwang etwas von dem Ihrigen entzogen worden; allein diese Klage gab er dem Verletzten nur gegen denjenigen selbst, der ihn in Furcht gesetzt, oder die Gewalt verübt hatte [37]). Der Prätor Cassius hingegen dehnte diese Klage in seinem Edict nicht nur auf alle Fälle aus, wo Jemand durch Furcht und erlittenen Zwang in Schaden gesetzt worden, sondern verstattete

35) *Orat. in Verrem III. cap.* 65. Postulavit. (sc. *C. Gallius*, Senator.) a *L.* METELLO, Praetore, ut ex edicto suo iudicium daret in *Apronium*, quod per vim aut metum abstulisset: quam *formulam Octavianam* et Romae METELLUS habuerat; et habebat in provinciis.

36) *Epist. ad Quint. Fratrem Lib. I. Ep.* 1. *nr.* 7. His rebus nuper *Cn.* OCTAVIUS jucundissimus fuit, apud quem primus lictor quievit, tacuitque accensus: quoties quisque voluit, dixit, et quam voluit diu. Quibus ille rebus fortasse nimis lenis videretur, nisi haec lenitas illam severitatem tueretur. *Cogebantur Sullani homines, quae per vim et metum abstulerant, reddere.*

37) Dies läßt sich aus beyden Stellen des Cicero schließen.

stattete auch sogar dieselbe gegen den dritten Besitzer der durch Furcht abgezwungenen Sache. Nur hatte dieser Prätor noch keine exceptionem metus causa eingeführt, weil er die exceptionem doli für hinreichend hielt. Da jedoch diese Einrede nur personell war, so wurde in der Folge auch die Exception wegen der Furcht gegen einen jeden Dritten verstattet [38]).

Die Begriffe von Furcht und Zwang sind zwar an einem andern Orte dieses Commentars (§. 300) schon vorgekommen, es verdient indessen allerdings bemerkt zu werden, wenn Ulpian [39]) bey den Worten des oben angeführten Edicts erinnert, daß sie ehemals so gelautet hätten: *Quod vi, metusve causa*, mit der Erläuterung: *vis* enim fiebat mentio, propter necessitatem impositam, contrariam voluntati: *metus*, instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatione. Wenn Ulpian hier zwischen instans und futurum periculum unterscheidet, so versteht er ohne Zweifel unter *periculum instans* eine nahe, unter *periculum futurum* aber eine entferntere Gefahr. Da indessen beydes ein bevorstehendes Uebel anzeigt, nam praesentis mali nullus est metus, wie Cujaz [40]) hierbey sehr richtig bemerkt hat; so besteht der Unterschied zwischen *vis* und *metus* nach Ulpian eigentlich darin, daß erstere die Androhung oder wirkliche Zufügung eines Uebels ist, wodurch man den Andern nöthiget, etwas zu thun, was er sonst unterlassen haben würde; die Furcht hingegen in der bangen Er-

war-

38) Man sehe HEINECCIUS in Opuscul. postum. pag. 398. und POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. I. Not. a.

39) *L.* 1. *D. h. t.*

40) Commentar. ad h. Tit. Pandect. in princip.

wartung eines bevorstehenden Uebels bestehet, wie Cicero[41]) sagt; oder eigentlich die Verabscheuung eines künftigen Uebels ist. Hiernach müssen also auch die von mir oben (§. 300.) nicht bestimmt genug angegebenen Begriffe berichtiget werden[42]). Salvius Julianus hat jedoch das Wort *vis* in dem edicto perpetuo weggelassen, wie Ulpian[43]) hierbey bemerkt, und zwar darum, quia, quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur.

Wenn nun der Prätor in seinem Edict sagt: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*, so entstehet die Frage, von welchen Geschäften hier eigentlich die Rede sey, und welche daher dieser Prätorischen Restitution bedürfen? Die Ausleger des röm. Rechts sind daher verschiedener Meinung[44]). Unser Verfasser hat folgende Theorie. Das durch Furcht erzwungene Geschäft gehört entweder zu den Contracten, oder nicht. In dem letztern Falle behauptet er, daß alle Geschäfte, die keine Contracte sind, der erregten Furcht wegen nach dem röm. Recht für nichtig zu halten wären, und daher der Restitution aus diesem Edict nicht bedürften. Er rechnet dahin z. B. das Ver-

41) *Tuscul. Quaestion.* Lib. V. c. 18.

42) Man sehe hier die Berichtigungen in des Hrn. Dr. Schönemanns Bibliothek für positive Rechtswissenschaft und Diplomatik 1. Bandes 1. Stück (Göttingen 1798.) S. 24. ff.

43) *L.* 1. *D. h. t.*

44) Man vergleiche hier vorzüglich *Ge. Frid.* WALCH Commentat. de negotiis et actibus vi metuve extortis ex iure Rom. partim ipso iure nullis, partim a Praetore rescindendis. *Ienae* 1790.

Versprechen eines Heyrathsguts, erzwungene Testamente, und durch Furcht erpreßte vormundschaftliche Auctorität. In dem erstern Falle hingegen unterscheidet er wieder zwischen Contracten, welche **bonae fidei**, und solchen, welche **stricti iuris** sind. Bey den Contracten der erstern Art sey dem Verletzten keine Restitution nöthig, weil er sich mit der Klage aus dem Contract selbst helfen könne, es wäre denn, daß diese in einem gewissen Falle entweder gar nicht Statt finde, oder wenigstens zur vollkommenen Entschädigung des Verletzten nicht hinreiche. Allein die Contracte der letztern Art wären nach der Strenge des römischen Civilrechts gültig gewesen, wenn sie gleich durch Furcht erzwungen worden, nur für diese sey also die Restitution in diesem Edict hauptsächlich eingeführt worden.

Gegen diese Theorie finde ich jedoch folgendes zu erinnern.

1) Läßt sich nicht schlechterdings behaupten, daß alle Geschäfte, **die keine Contracte sind**, nach dem römischen Rechte ohne alle Ausnahme schon an sich für nichtig zu halten wären, wenn sie durch Furcht veranlaßt worden. Die Antretung einer Erbschaft ist doch gewiß so wenig, als die Repudiation derselben, ein Contract, und doch wird in dem einen Falle, wie in dem andern, eine Restitution erfordert, wenn man dazu gezwungen worden ist. Letzteres lehrt **Paulus**[45]) ganz deutlich, wenn er sagt: Si coactus *hereditatem repudiem*, duplici via Praetor mihi succurrit; aut utiles actiones *quasi heredi* dando, aut actionem metus causa praestando. Die Worte utiles actiones *quasi heredi* dando geben deutlich zu erkennen, daß derjenige, welcher aus Zwang eine Erbschaft ausgeschlagen,

45) *L.* 21. §. 6. *D. h. t.*

gen, nach dem strengen Rechte aufhöre, Erbe zu seyn, und folglich eine solche erzwungene Repudiation nach dem Civilrecht gelte. Eben dieses ist aber auch nach der Lehre des Papinians [46]) und Paulus [47]) von einer erzwungenen Erbschaftsantretung zu behaupten. Erster sagt: Si metus causa *adeat* aliquis hereditatem: fiet, ut, *quia invitus heres existat*, detur abstinendi facultas. Noch deutlicher drückt sich der letztere aus: Si metu coactus *adii* hereditatem: *puto me heredem effici*, quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui: *sed per Praetorem restituendus sum*, ut abstinendi mihi potestas tribuatur. Nun scheint zwar diesem Celsus zu widersprechen, wenn selbiger bey Ulpian [48]) sagt: Eum, qui metu verborum [49]), vel aliquo timore coactus *fallens adierit hereditatem*, sive liber sit, *heredem non fieri placet*; sive servus sit, dominum heredem non facere; allein die Worte *fallens adierit hereditatem* zeigen deutlich genug an, daß hier von einem besondern Falle die Rede ist, soviel sich auch übrigens gegen die gemeine Erklärung, daß *fallens* hier soviel als simulans bedeute, und daher von einer blos zum Schein gesche-

46) *L.* 85. *D. de acquir. vel omitt. hereditate.*

47) *L.* 21. §. 5. *D. Quod metus causa.*

48) *L.* 6. §. 7. *D. de acquir. vel omitt. heredit.*

49) Mehrere Rechtsgelehrte glauben, daß statt verborum vielmehr *verberum* gelesen werden müsse. S. CUJACIUS ad L. 21. §. 5. D. h. t. und SCHULTING ad Prota Pand. h. t. §. 6. Allein daß diese Emendation unnöthig sey, zeigt *Io. Guil.* MARCKART in Interpretat. receptar. iur civ. lection. lib. II. cap. 13. §. 1. pag. 253. sq.

geschehenen Erbschafsantretung die Rede sey [50]), einwenden läßt [51]). Ein drittes Beyspiel, wo die Regel des Verf. trügt, giebt Paulus [52]). *Si metu coactus sim*, sagt er, *ab emtione* vel *locatione discedere*, videndum est, an nihil sit acti, et antiqua obligatio remaneat: an hoc similie sit acceptilationi; quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit dum amittitur? *et magis est*, *ut similis species acceptilationi sit*, et ideo praetoria actio nascatur. Hier ist nicht von Schließung eines Contracts, sondern von einem Vertrage die Rede, wodurch ein abgeschlossener Consensual-Contract wieder aufgehoben wird. Daß hier der mutuus dissensus so viel gilt, als die acceptilatio bey einem Formularcontract, so lang der Contract noch nicht erfüllt ist, ist bekannt. Wenn nun aber der Vertrag, daß der geschlossene Bilateralcontract nicht gelten solle, durch erregte Furcht erzwungen worden ist? Nach Paulus Lehre ist dieser Vertrag nicht ipso iure nichtig, sondern die Verbindlichkeit des Contracts wird nach dem strengen Recht dennoch eben so gut, wie durch eine Acceptilation, aufgehoben. Emtio enim et venditio, sagt eben dieser Jurist an einem andern Orte [53]), sicut

50) Man sehe CUJACIUS ad L. 21. §. 5. D. h. t. *Ant.* FABER Rational ad eánd. L. *Iul.* PACIUS *Εναντιοφανων* s. Legum conciliatar. Centur. II. Qu. 67. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iuris civ. lection. Lib. II. cap. 13. §. 1. pag. 254. *Ant.* SCHULTING ad Prot. h. t. §. 6. POTHIER Pandect. Iustinian. T. II. Tit. de acquirenda vel. omitt. hereditate Nr. XVIII. u. a. m.

51) S. DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integrum h. t. §. 1. pag. 71. sq. und WALCH cit. Diss. Sect. II. §. 18.

52) *L.* 21. §. 4. *D. h. t.*

53) *L.* 3. *D. de rescind. emt.*

sicut consensu contrahitur, ita *contrario consensu* resolvitur, antequam fuerit res secuta. Der bonae fidei scheint zwar freylich ein solcher Zwang entgegen zu seyn. Allein man kann sich, sagt Paulus, nicht mehr auf eine bonae fidei obligationem gründen, wenn sie einmahl contrario consensu aufgehoben ist [54]). Daher ist hier die Restitution aus dem Edict: *quod metus causa* nöthig, um den aufgehobenen Contract wieder herzustellen. Außerdem muß ich in Absicht auf die von unserm Verf. zur Unterstützung seiner Meinung gewählten Beyspiele noch bemerken;

a) daß zwar das erzwungene Versprechen eines Heyrathsguts allerdings für nichtig zu halten sey; allein dies erhellet doch nicht aus der von ihm angeführten *L.* 22. *D. de ritu nupt.* denn in dieser Stelle ist blos von einer erzwungenen Ehe die Rede, und die Worte, *quod inter invitos matrimonium non contrabatur*, beweisen nur, daß eine solche Ehe in der Regel nichtig sey, wenn gleich nach diesem Gesetz ein bloßer metus reverentialis, von welchem man die Worte: *filiumfamilias, qui patre cogente uxorem ducat, quam non duceret, si sui arbitrii esset*, nicht unrichtig erklärt [55]), der Gültigkeit der Ehe nicht entgegen steht. Eigentlich hätte also der Verf. die *L.* 21. §. 3. *D. h. t.* anführen sollen, wo es heißt: Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem: quia est verissimum, *nec talem promissionem dotis ullam esse.* Versteht man freylich die-

se

54) S. NOODT de forma emendandi doli mali cap. 16. (T. I. *Oper.* pag. 382.) und POTHIER Pandectae Iustinian. T. I. Tit. de pactis Nr. XIV. not. g.

55) Man sehe Walch cit. Diss. Sect. II. §. 20. pag. 50.

se Stelle mit Noodt[56]) blos von einer erzwungenen Stipulation, denn ein simples Versprechen war auch bey einer dote zu Paulus Zeiten noch nicht klagbar, wenn solches nicht durch eine Stipulation war bekräftiget worden[57]); so dürfte zwar dieses Beyspiel mehr eine Ausnahme von der Regel seyn, die unser Verf. bey den stricti iuris Contracten annimmt, wie auch Anton Faber[58]) behauptet, als hierher gehören, wo von solchen Geschäften die Rede ist, die keine Contracte sind. Allein da vermöge der Constitution der Kaiser Theodosius **II.** und Valentinian **III.** in der bekannten *L.* 6. *Cod. de dotis promiss.*[59]) jedes simple pactum, durch welches eine dos versprochen worden, schon an sich eine Klage wirkt, so läßt sich jene Stelle, wie viele andere Stellen in den Pandecten, bey deren Erklärung man den Sinn des römisen Juristen von demjenigen Sinn unterscheiden muß, den Justinian oder Tribonian nach der Rechtsverfassung seiner Zeiten den Worten untergeschoben hat[60]), wohl auch von einem bloßen Vertrage verstehen, zumal da sich kein rechter Grund ausfindig machen läßt, warum gerade die tsipulatio dotis eine Ausnahme von der Regel gemacht haben sollte, nach welcher eine erzwungene Stipulation gilt, so lang sie nicht vom Prätor rescindirt wor-

56) De forma emend. doli mali cap. 16. in fin.

57) *L.* 41. *pr. et* §. 1. *D. iure dot.*

58) Rational. ad §. 3. L. 21. D. h. t.

59) In der *L.* 4. *C. Th. de dotibus* lautet diese Verordnung so: Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacunque sufficere verba censemus, *etiamsi dictio vel stipulatio in policitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta.* S. GOTHOFREDI Commentar. P. I. pag. 347.

60) S. diesen Commentar Th. 1. §. 35. S. 229. folg.

worden ist [61]); und auch alle übrige in der L. 21. D. h. t. angeführten Fälle so geeigenschaftet sind, daß dabey die Restitution aus diesem Edict erfordert wird.

b) Soviel die erzwungenen Testamente anbetrift, so sind zwar die Rechtsgelehrten darüber nicht einig, ob selbige schon an sich nichtig sind, oder ob solche nicht vielmehr nach dem strengen Civilrecht gültig, und daher erst durch den Prätor zu rescindiren gewesen [62]); ersteres ist indessen darum wohl unstreitig richtiger, weil theils das Wort *gestum*, dessen sich der Prätor in seinem Edict bedient, nach Ulpians Zeugniß [63]) die Testamente ausschließt, theils aber auch ein solcher Erbe, welchen der Testirer nicht hat einsetzen wollen, nach der Lehre eben dieses römischen Juristen [64]) pro non scripto gehalten wird, nicht zu gedenken, daß eine Nichtigkeit des Testaments schon daraus entsteht, wenn auch nur die Zeugen wider ihren Willen der Testamentshandlung

61) Der Grund, den VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 15. angeführt, nämlich, daß wenn eine erzwungene stipulatio dotis nach dem strengen Recht gültig gewesen wäre, die grosse Begünstigung, die für das Heyrathsgut bekanntermaßen streitet, gar leicht die Rescißion eines solchen Versprechens gehindert haben würde, scheint mir nicht befriedigend zu seyn. Denn soweit konnte der Billigkeit nach nie favor dotis ausgedehnt werden, daß der Promittent zur Erfüllung des erzwungenen Versprechens hätte verurtheilt werden können, wenn er um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bat.

62) Man sehe hier WALCH cit. Diss. §. 17.

63) *L. 20. D. de verbor. signif.*

64) *L. 2. §. 7. D. de bonor. poss. secund. tab. L. 1. Cod. si quis aliquem testari prohib. vel coegerit.* S. Westphals Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 30.

lung beyzuwohnen genöthiget worden sind [65]).

c) Daß auch die Auctorität des Vormundes schon an sich nichtig ist, wenn sie durch Gewalt gezwungen worden, sagt Ulpian [66]) in der angeführten Stelle ganz ausdrücklich, wo es heißt: Tutor si invitus retentus sit per vim, *non valet, quod agitur*; neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem.

2) Was die Regel anlangt, die unser Verf. bey den bonae fidei Contracten giebt, so läßt sich daraus nicht deutlich erkennen, in wiefern solche Contracte nach dem Civilrecht der Furcht wegen für ganz ungültig zu halten sind, oder nicht? Es ist daher vor allen Dingen zu unterscheiden, ob der metus causam dans, oder incidens ist, eine Eintheilung, deren ich schon an einem andern Orte dieses Commentars (4. Th. §. 300. S. 170.) Erwähnung gethan habe. Ist der ganze Contract durch Furcht veranlaßt worden, der ausserdem gar nicht geschlossen worden wäre, so ist er ipso iure nichtig; gründet sich hingegen nicht sowohl die Schließung des Contracts an sich, sondern nur die gegenwärtige Modifikation desselben auf erregte Furcht, so ist der Contract an sich nicht ungültig, sondern derjenige Contrahent, der dadurch verletzt worden ist, kann mit der Contractsklage bloß Schadensersatz verlangen. So lange jedoch der Contract noch nicht vollzogen ist, kann sich der Verletzte gegen die wider ihn angestellte Klage auch mit einer

65) *L.* 20. §. *fin. D. Qui testam. facere poss.*

66) *L.* 1. §. 1. *D. de auctorit. et cons. tutor. et curator.*

einer Einrede schützen [67]). Daß übrigens ein metus causam dans bey einem bonae fidei Contract eine Nichtigkeit des ganzen Contracts zur Folge hatte, erhellet, deucht mir, aus dem Rescript des Krs Alexander [68]) ganz deutlich, in welchem es heißt: Si pater tuus *per vim coactus domum vendidit*, ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est. *Malae fidei enim emtio irrita est;* wenn man damit vergleicht, was Ulpian [69]) sagt: Nihil consensui tam contrarium est, *qui bonae fidei iudicia sustinet*, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est; eine Stelle, welche hierher um so mehr gehört, da sie aus eben dem *libro XI. ad Edictum* genommen ist, in welchem Ulpian das Edict quod metus causa erklärt hat. Steht nun also nach Ulpians Regel die Furcht und Gewalt derjenigen Einwilligung entgegen, welche bey bonae fidei negotiis zur Substanz derselben erfordert wird, so *muß* nothwendig ein solches Geschäft ganz ungültig seyn, welches durch wiederrechtlichen Zwang veranlaßt wurde [70]). Die Worte: *quem comprobare contra bonos mores est*, geben uns noch einen deutlichern Beweis davon, welche sich unstreitig auf das officium iudicis beziehen [71]), und so viel sagen wollen, daß der Judex über die Einrede der Furcht erkennen, und folglich nach der Billig-

67) Man sehe hier vorzüglich WALCH cit. Diss. §. 10—13.

68) *L.* 1. *Cod. de rescind. vendit.*

69) *L.* 116. *pr. D. Reg. iuris.* POTHIER Pandect. Iustinian. T. III. Tit. de Reg. iur. Nr. 966. Not. a.

70) WALCH cit. Diss. §. 12. und DOMPIERRE Specim. de restitut. in integr. h. tit. §. 17.

71) NOODT de forma emend. doli mali cap. ult.

Billigkeit, die hier den Hauptentscheidungsgrund ausmacht, den Beklagten nicht condemniren dürfe, wenn auch gleich diese Einrede der formulae iudicii nicht beygefügt worden [72]). Ich kann daher Voet [73]) nicht beypflichten, welcher diese Worte so versteht, daß der Prätor ein solches bonae fidei Geschäft, welches durch widerrechtlichen Zwang veranlaßt worden, habe rescindiren können; weil es, wie Noodt ganz richtig bemerkt, keiner Rescission bedurfte. Daß nun hingegen ob metum incidentem der Contract an sich nicht ungültig sey, sondern der Verletzte blos auf Schadensersatz klagen könne, erhellet theils aus der Analogie vom dolus, welche hier allerdings Statt findet [74]); theils kann dieses auch aus dem Rescript des Krs Gordian [75]) nicht undeutlich geschlossen werden, wenn es daselbst heißt: Si adhibita vi compulsi sunt, possessiones suas, quae maiore valebant, minimo distrahere; jurisdictionis tenore, ut id, quod improbe factum est, in priorem statum revolvatur, impetrabunt.

3) In Absicht auf die Zuläßigkeit der Restitution bey den bonae fidei Contracten findet zwar an sich kein Zweifel Statt. Es überzeugt uns hiervon unter andern das Rescript des Krs Gordian [76]) hinlänglich, welches folgendermaßen lautet: Si vi vel metu fundum avus tuus

 distra-

72) Nam exceptiones insunt bonae fidei iudiciis. *L.* 3. *D. de rescind. vendit.*

73) Comm. ad Pandect. h. t. §. 1.

74) *L.* 14. §. 13. *D. h. t. L.* 4. §. 33. *D. de doli mali et met. except.* WALCH cit. Diss. §. 13.

75) *L.* 5. *C. de his, quae vi metusve causa.*

76) *L.* 3. *Cod. eodem.*

distrahere coactus est, etiamsi maxime *emtor* eum alii vendidit: si tamen tu avo tuo heres extitisti, ut tibi, *reddito a te pretio*, restituatur, postquam placuit, *in rem quoque dari actionem* [77]), secundum formam perpetui Edicti, adito Praeside provinciae poteris postulare. Nur ist der Unterschied zu ergänzen, den die Gesetze machen, nämlich ob die dem Restitutionsgesuch gesetzte Frist von einem Jahre, wofür jedoch nach der Analogie des neuern römischen Rechts ein vierjähriger Zeitraum zu substituiren, bereits verflossen ist, oder nicht. In dem erstern Falle kommt dem Verletzten die prätorische Klage aus dem Edict quod metus causa nur alsdann zu statten, wenn sonst keine andere Klage vorhanden ist. In dem letztern Falle hingegen kann sich der Verletzte nach seinem Gefallen der Restitutionsklage bedienen, gesetzt auch, daß er mittelst einer andern Klage das Seinige wieder erhalten könnte, wenn ihm nämlich jene vortheilhafter ist. Dieser Unterschied ergiebt sich ebenfalls aus einer Verordnung des Kr. Gordians [78]), welcher in einem gewissen Falle folgendermaßen rescribirt hat: Si per vim vel metum mortis, aut cruciatus corporis *venditio* a vobis extorta est, et non postea eam consensu corroborastis; iuxta perpetui formam

77) *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. et celebrior. Leg. Cod. pag. 85. wo er die L. 3. sehr ausführlich erklärt, versteht diese Worte von einer *actione in rem utili, quae rescissa alienatione datur.* Allein es kann auch eben so gut die *actio quod metus causa* darunter verstanden werden, die gegen jeden dritten Besitzer angestellet werden kann. S. *Maur. Guil.* BAUMANNI Divus Gordianus, s. de vita et constitutionibus M. Ant. Gordiani Imp. Exercit. I. *Lipsiae* 1792. P. II. §. 8.

78) *L.* 4. *C. de his*, *quae vi metusv. causa*

mam edicti, *intra annum quidem agentes*, (quo experiundi potestas est) si res non restituatur, *quadrupli condemnationem referetis:* scilicet reddito a vobis pretio: *post annum* vero, causa cognita, eadem actio in simplum permittitur. *Quae causae cognitio eo pertinet*, *ut ita demum decernatur*, *si alia actio non sit.* Hiernach müssen auch die Meinungen des Noodt[79]) und Böhmers[80]) berichtiget werden, wenn ersterer behauptet, daß die actio quod metus causa nur dann Stadt finde, wenn es an einer andern Klage fehlt, letzterer hingegen dem Kläger schlechthin die Wahl läßt. Schon Ulpian[81]), den Noodt selbst anführt, hätte beyde eines andern belehren können, wenn dieser sagt: Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur Praetor. — *Post annum* vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita. *In causae autem cognitione versatur*, *ut*, *si alia actio non sit*, *tunc haec detur*.

Nach diesen Berichtigungen wäre also die römische Rechtstheorie von der Wirkung der Furcht bey den rechtlichen Geschäften auf folgende Art zu bilden. Die Furcht ist entweder bey Schließung eines Contracts, oder bey einem andern Geschäft erregt worden, das kein Contract ist: In dem letztern Falle ist das Geschäft entweder von der Art, daß desselben Gültigkeit lediglich von der freyen Einwilligung der Interessenten abhängt, wie z. B. Ehe, Auctorität des Vormundes, Testament; oder die bloße

79) De forma emend. doli mali cap. 16. (*Oper*. T. I. pap. 382.)
80) Introduct. in ius Dig. h. t. §. 2.
81) *L*. 14. §. 1. *et* 2. *D*. *h*. *t*.

Existenz der Einwilligung ist nach dem Civilrecht zur Substanz des Geschäfts hinreichend, sie sey frey oder erzwungen, wie z. B. bey der Antretung oder Repudiation einer Erbschaft, Aufhebung eines Contracts, Entsagung eines Rechts. In diesem ersten Fall ist das durch Furcht erzwungene Geschäft schon nach dem Civilrecht nichtig, und daher keine Restitution der Prätors nöthig; in dem letztern Falle hingegen hieß es, wie Paulus [82]) sagt: quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; der Verletzte mußte also dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen. Ist nun aber die Furcht bey Schliessung eines Contracts erregt worden, so unterscheidet das röm. Recht zwischen stricti iuris und bonae fidei Contracten. Erstere waren nicht ungültig, wenn sie auch durch Furcht veranlaßt worden. Denn ihre Gültigkeit hieng blos von der Contractsformel ab, und was nicht darin ausgedrückt worden, darauf nahm man keine Rücksicht [83]). Wegen dieser Contracte wurde daher hauptsächlich die Restitution ex causa metus eingeführt [84]). Bey den bonae fidei Contracten hingegen ist der Unterschied zu machen, ob der ganze Contract durch Furcht veranlaßt worden, oder nur die gegenwärtige Modification desselben. In dem ersten Falle ist zwar der Contract schon nach dem Civilrecht ungültig, und der Verletzte kann daher auch mit der Contractsklage auf die Nichtigkeit desselben dringen. Denn diese Klage geht auf alles, was der bonae fidei d. i. der Billigkeit gemäß ist (§. 437). Allein ist der annus utilis, oder

82) *L.* 21. §. 5. *D. h. t.*

83) §. 1. *I. de Exept. L.* 5. *C. de inutil. stipulat.*

84) WALCH cit. Diss. §. 11.

oder nach dem neuern röm. Rechte das quadriennium, noch nicht verstrichen, so kann sich der Verletzte auch der prätorischen Restitutionsklage bedienen, wenn ihm diese vortheilhafter ist. Nach Ablauf jener gesetzlichen Frist aber findet die Restitutionsklage nur alsdenn Statt, wenn sonst keine andere Klage vorhanden ist; z. B. der Käufer, der mich durch Furcht zum Verkauf meiner Sache nöthigte, besitzt die Sache nicht mehr selbst, und ist auch sonst ausser Stand, mich zu entschädigen. In dem letztern Falle hingegen ist der Contract an sich nicht ungültig, sondern es kann nur auf Schadensersatz geklagt werden.

Uebrigens wird freylich allemal vorausgesetzt, daß das Geschäft, wozu Jemand durch Furcht gezwungen worden ist, ein nachtheiliges Geschäft sey. Es mag nun dieses entweder in einer Veräußerung, oder in der Erlassung einer Schuld, oder in der Entsagung eines zuständigen Rechts, oder in einem Versprechen bestehen. Das Edict des Prätors findet daher keine Anwendung, wenn z. B. ein Gläubiger seinen Schuldner durch Furcht genöthiget hat, daß er das bezahle, was er wirklich schuldig war [85]). Ob aber nicht wegen der unerlaubten Selbsthülfe die Strafe der **Legis Iuliae de vi** Statt finde, und ein solcher Gläubiger sich seiner Forderung verlustig gemacht habe? ist eine andere Frage, welche vermöge des Decrets des K. Marcus allerdings zu bejahen ist [86]).

85) *L.* 12. §. 2. *D. h. t.* IULIANUS ait, eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret, hoc *Edicto non teneri*, propter naturam metus causa actionis, *quae damnum exigit:* quamvis negari non possit, in *Iuliam* eum *de vi* incidisse, et ius crediti amisisse.

86) *L.* 13. *D. eod.* Man vergleiche über diese Stelle *Io. Ortw.* WESTENBERG Divus Marcus Diss. XXXIX. Die Klage, deren

§. 445. u. 446.

Wie muß die Furcht beschaffen seyn, welche eine gerechte Ursache zur Restitution giebt?

Die Furcht, wenn sie eine rechtmäßige Ursache zur Restitution geben soll, muß jedoch folgende Eigenschaften haben.

1) Von Seiten desjenigen, der sie erregte, muß sie eine ungerechte Furcht seyn, d. i. sie muß von einem solchen verursacht worden seyn, der nicht befugt war, den Andern in Furcht zu setzen. Es findet daher keine Restitution Statt, wenn die Obrigkeit einen Bürger durch rechtmäßige Zwangsmittel zur Erfüllung seiner Pflichten anhält, nur darf sie freylich die gesetzmäßigen Grenzen ihrer Gewalt nicht überschreiten; denn hätte sie ihre Gewalt gemißbraucht, und durch ungerechte Drohungen Geld erpreßt, so findet, wie Pomponius sagt, das Edict des Prätors allerdings auch gegen ein solches Verfahren der Obrigkeit Statt [87]. Jedoch ist darum die Furcht noch nicht für gerecht zu halten, daß Jemand über einem Verbrechen, z. B. Ehebruch oder Diebstahl, betreten worden ist; wenn er bey dieser Gelegenheit durch Drohung, ihn zu ent-

sich der Schuldner in einem solchen Falle bedienen kann, würde man am schicklichsten *remedium ex L. 13. D. quod metus causa* oder auch *condictionem ex decreto Divi Marci* nennen können. S. *Dompierre* h. t. §. 12. Für deren heutigen Gebrauch streiten LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 20. WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 203. *α.* und mehrere Rechtsgelehrte.

87) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* Ein Beyspiel enthält die *L. ult.* §. *ult. D. h. t.* Vergl. DOMPIERRE c. l. §. 10.

entleiben, oder zu verrathen, genöthiget ward, etwas zu geben oder zu versprechen. Das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann daher in diesem Falle nicht abgeschlagen werden, nam et gestum est malo more: sagt Paulus [88]), et Praetor non respicit, an adulter sit, qui dedit; sed hoc solum, *quod hic accipit metu mortis illato;* genug, daß derjenige, wider welchen die Restitution gesucht wird, zu einer solchen Concussion nicht befugt gewesen ist [89]). Die Furcht muß aber auch

2) auf Seiten des gewaltsam Genöthigten nicht eitel, sondern gegründet seyn [90]). Sie muß also

a) nicht etwa durch bloße Einbildung des sich Fürchtenden [91]), auch nicht durch unbestimmte Drohungen, sondern durch eine solche Drohung erregt worden seyn, welche eine bevorstehende große Gefahr für Leben, oder Gesundheit, oder Freyheit, oder Ehre mit Grund befürchten ließ, wie ich schon an einem andern Orte dieses Commentars ausführlicher gezeigt habe (§. 300). Ob metus infamiae zur Restitution genüge, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Hunnius [92]) behauptet es; allein Voet [93]), Noodt [94]), Wissenbach [95]), Dompierre [96]), Hof-

88) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.*

89) DOMPIERRE h. t. §. 11. pag. 87. und de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 8.

90) *L.* 6. *L.* 7. *pr. D. h. t.*

91) *L.* 9. *pr. D. h. t.*

92) ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XI. Qu. 25.

93) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 12.

94) Comm. ad. Pand. h. t. pag. 84. in fin.

95) Exercitat. ad Pandect. Disp. XIII. Th. 17.

96) Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 9.

acker [97]) und andere läugnen dieses schlechterdings; dahingegen Huber [98]) zwischen einer geringen Infamie, oder die doch wenigstens durch den Richter leicht reparirt werden könnte, und zwischen einer solchen unterscheidet, die einen unersetzlichen Schaden zur Folge gehabt haben würde, und in dem ersten Falle die Restitution aus dieser Ursache für unzuläßig, in dem letztern hingegen solche für gegründet hält. Daß die bloße wörtliche Drohung, es wolle mich Jemand infam machen, wenn ich nicht in dies oder jenes einwilligen würde, noch keine solche gerechte Furcht begründe, weshalb die Restitution nach diesem Edict gesucht werden könne, ist wohl gewiß, weil Ehrlosigkeit nur aus solchen Handlungen entsteht, worauf die Gesetze die Infamie als Strafe gesetzt haben. So ist auch wohl Ulpian zu verstehen, wenn er sagt [99]): **Nec timorem infamiae hoc Edicto contineri.** Allein wie wenn mir Jemand drohet, daß er mich eines infamirenden Verbrechens wegen anklagen werde, wenn ich nicht dies oder jenes thun würde? wie wenn ihm ein paar falsche Zeugen zur Seite stehen, welche die Beschuldigung augenblicklich zu beschwören bereit sind? Ich sehe voraus, oder befürchte wenigstens mit Grund, daß ich, meiner Unschuld ungeachtet, auf solche Art meine Ehre leicht verlieren könnte, und dies veranlaßt mich, in das nachtheilige Geschäft zu willigen, um der bevorstehenden Gefahr zu entgehen. Unter diesen Umständen würde die Furcht vor der Ehrlosigkeit allerdings eine gegründete Ursache zur Restitution abgeben.

b) Das

97) Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 207.

98) Praelect. ad Pandect. h. t. §. 2.

99) *L. 7. pr. D. h. t.*

b) Das Uebel muß von einem solchen Menschen gedrohet worden seyn, von welchem man erwarten konnte, daß er seine Drohungen ausführen werde. Dieses muß theils aus der Beschaffenheit des Bedroheten, seinem Alter, Geschlecht und körperlichen Zustande, theils aus der Beschaffenheit und den Kräften desjenigen, welcher die Furcht verursachte, beurtheilt werden, wie bereits an dem oben bemerkten Orte (§. 300.) gezeigt worden ist. Endlich

c) muß es auch nicht in der Gewalt des in Furcht Gesetzten gestanden haben, dem bevorstehenden Uebel auf eine andere Art zu entgehen, als durch Eingehung des nachtheiligen Geschäfts. Wäre also das Geschäft keine unmittelbare Folge der verursachten Furcht gewesen, sondern ohne Zwang vollzogen worden, z. B. wenn Jemand zwar zu einem Versprechen gezwungen worden ist, solches aber nachher ohne weitere Furcht freywillig erfüllet hat; so findet deswegen keine Restitution Statt[100]. Daß übrigens auch kein bloßer metus reverentialis in Betrachtung kommt, wie unser Verf. hier noch bemerkt hat, ist schon oben (§. 300.) gesagt worden; ich füge hier nur noch hinzu, daß die Meinung derjenigen[1]), welche nach dem kanonischen Rechte ein Anders behaupten wollen, ganz ungegründet sey[2]).

§. 447.

100) *L. 2. Cod. de his, quae vi metusve causa.* HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. 836.

1) GOTHOFREDUS in not. ad L. 22. D. de ritu nuptiar. und FABER in Codice definit. forens. Lib. VI. Tit. 4. Def. 5. not. 5.

2) Man beruft sich auf das *cap. 14. X. de sponsal.* Allein daß auch nach dem kanonischen Rechte nur ein solcher metus in Betrachtung kommt, qui potest in virum constantem cadere, erhellet

§. 447.

Findet die Restitution ex causa metus blos wegen einer vis compulsivae, oder auch wegen einer vis ablativae, expulsivae, oder turbativae Statt?

Gewöhnlich erfordert man auch, wenn die Restitution ex causa metus Statt finden soll, daß die Furcht durch eine compulsive Gewalt müsse verursacht worden seyn; weil es in jedem andern Falle einer wirklich ausgeübten Gewaltthätigkeit nicht an Rechtsmitteln mangele, wodurch der Verletzte das Seinige wiedererhalten, oder sich gegen die Stöhrung Anderer in dem ruhigen Besitz seines Eigenthums Sicherheit verschaffen könne [3]). Es kann nämlich die Gewalt, in sofern man darunter die Beschränkung der Selbstthätigkeit eines Andern durch Androhung oder wirkliche Zufügung eines Uebels versteht, nach Verschiedenheit ihres Zwecks und ihrer Wirkung, von sehr verschiedener Art seyn. Sie kann entweder eine vis *ablativa*, wodurch Jemanden eine bewegliche Sache wider seinen Willen weggenommen wird; oder eine vis *expulsiva*, wodurch Jemand aus dem Besitz einer unbeweglichen Sache vertrieben wird, oder eine vis *turbativa*, wodurch man den Andern in den ruhigen Besitz oder Quasibesitz des Seinigen stöhrt; oder eine vis *compulsiva* seyn, wodurch man den Andern nöthi-

erhellet aus dem *cap.* 15. *X. eodem.* ganz deutlich. S. DOMPIERRE h. t. §. 5. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 15.

3) Man sehe LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 7. — 9. WESTENBERGII Div. Marcum Diss. XXXIX. §. 18. und DOMPIERRE Specim. cit. h. t. §. 1. pag. 69. sqq. Eben dieser Meinung ist auch unser Verfasser.

nöthiget, sich zu etwas verbindlich zu machen, oder ein Geschäft zu schließen, was er sonst entweder gar nicht, oder wenigstens nicht auf die Art, als geschehen, geschloßen haben würde. In den ersten drey Fällen einer verübten Gewalt könne nun, sagt man, von einer Restitution ex causa metus darum nicht die Rede seyn, weil es hier andere Rechtsmittel giebt, deren sich der Verletzte bedienen könne; nämlich wegen einer vis *ablativae* finde die actio de vi bonorum raptorum oder auch die Spolienklage; wegen einer vis *expulsivae* das interdictum unde vi oder auch die Spolienklage; wegen einer vis *turbativae* aber die interdicta uti possidetis und utrubi oder auch quod vi aut clam Statt. Es bleibe also nur noch die vis *compulsiva* übrig, gegen welche der Prätor die Restitution aus seinem Edicte quod metus causa ertheile. Nun gewinnt zwar diese Meinung von der einen Seite durch den Begriff, welchen Ulpian[4]) von der *vis* giebt, wenn er sagt, sie sey eine necessitas imposita, contraria voluntati, allerdings einigen Schein; allein auf der andern Seite sagt doch auch Ulpian[5]) selbst ganz deutlich, daß die Restitution auch wegen einer erlittenen vis expulsivae und turbativae gesucht

4) *L.* 1. *D. h. t.*

5) *L.* 9. *pr. D. eodem.* wo es heißt: Denique tractat, (sc. POMPONIUS) si fundum meum dereliquero, audito, quod quis cum armis veniret, an huic Edicto locus sit? et refert, LABEONEM existimare, Edicto locum non esse, et *unde vi* interdictum cessare: quoniam non videor vi dejectus, qui dejici non exspectavi, sed profugi. Aliter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi: huic enim Edicto locum facere. Idem ait, et si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices, et interdictum *quod vi aut clam*, et hoc Edictum locum habere: scilicet quoniam metu patior id te facere.

sucht werden könne, und mit den interdictis unde vi und quod vi aut clam electivisch concurrire. Daher behaupten von Cocceji[6]) und Herr Prof. Emminghaus[7]) nicht ohne Grund, daß das Edict des Prätors *quod metus causa* auch wegen einer vis ablativae, expulsivae und turbativae Anwendung finde, in sofern nämlich die Restitutionsklage dem Verletzten vortheilhafter seyn möchte, als das ordentliche Rechtsmittel. Diese Meinung scheint mir wegen der deutlichen Stelle des Ulpians zwar in sofern außer Zweifel zu seyn, als der gesetzliche Zeitraum von vier Jahren, binnen welchen die actio quod metus causa nach dem neuern röm. Recht angestellt werden muß, wenn man die mit dieser Klage verknüpften Vortheile genießen will, (S. 439.) noch nicht verstrichen ist. Allein nach Ablauf dieser Frist findet doch, wie ich glaube, die prätorische Restitutionsklage nur alsdann noch Statt, wenn das ordentliche Rechtsmittel nicht mehr anwendbar ist. Denn Ulpian[8]) sagt es selbst, daß post annum die actio quod metus causa nur dann verstattet werde, *si alia actio non sit*, z. B. die ordentliche Klage ist verjährt.

§. 448.

Was stehen des erlittenen Zwangs wegen dem Verletzten für Rechtsmittel zu?

Wenn man nun also durch widerrechtlich eingejagte Furcht, oder erlittene Gewalt zu einem nachtheiligen Geschäft vermocht worden ist, so fragt sich's, was man deß-
halb

6) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.
7) Ad *Coccejum* l. c. not. g.
8) *L.* 14. §. 1. *et* 2. *D. h. t.*

halb für Rechtsmittel brauchen kann? Diese Rechtsmittel sind von verschiedener Art. Man kann sich

1) aussergerichtlich helfen, indem man Gewalt mit Gewalt vertreibt, und dadurch selbst den vorigen Zustand wieder herzustellen sucht. Nur muß dies freylich nicht erst nach Verlauf einiger Zeit, sondern sogleich (in continenti) und auf frischer That geschehen, sobald es möglich ist, einen Gehülfen zu bekommen. Es ist dieses nicht nur der bekannten Regel gemäß, die wir an mehreren Orten des römischen Gesetzbuchs [9]) finden, *quod liceat vim vi repellere, si hoc confestim, non ex intervallo fiat;* sondern es bezieht sich auch hierauf die Frage, welche Ulpian *lib.* 11. *ad Edictum* [10]) in folgenden Worten entscheidet: Quaeri poterit, an etiam ei, qui vim fecerat, passo vim restitui Praetor velit per hoc Edictum ea, quae alienavit? et POMPONIUS scribit lib. 28. non oportere ei Praetorem opem ferre. Nam, *cum liceat*, inquit, *vim vi repellere*, quod fecit, passus est: quare si metu te coegerit sibi promittere, mox ego eum coegero metu, te accepto liberare, nihil esse, quod ei restituatur. Der Prätor giebt aber auch

2) gerichtliche Rechtsmittel, um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen, und zwar

a) Klagen. Diese sind von zweyerley Art,

α) die

9) *L.* 1. §. 27. *L.* 3. §. 9. *D. de vi.* S. Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz und Eigenthum §. 206. u. 207.

10) *L.* 12. §. 1. *D. h. t.*

α) die *actio rescissoria utilis* vel in rem vel in personam [11]). Es ist dies eigentlich die alte Klage, welche aus dem nach dem strengen Recht durch das erzwungene Geschäft erloschenen Rechte entspringt, und die der Prätor der Billigkeit wegen wieder giebt, nicht anders als wenn gar kein Recht verlohren gegangen wäre. Habe ich also aus Furcht ein dingliches Recht aufgegeben, z. B. meine Sache veräußert, oder eine Erbschaft repudiirt, so giebt er mir die nach dem strengen Recht erloschene Realklage wieder, nämlich in den bemerkten Beyspielen die Reivindication oder die Erbschaftsklage wider jeden dritten Besitzer, welche sich aber von der vorigen Klage darin unterscheidet, daß sie eine *actio in rem utilis* ist [12]). Habe ich hingegen aus Zwang meinem Schuldner die Schuld erlassen, so restituirt mir der Prätor die nach dem strengen Recht erloschene Personalklage. Hieraus erklärt sich also, wie die *actio rescissoria utilis* bald in rem, bald in personam seyn könne. Sie ist eine persönliche, wenn das Recht, woraus sie entspringt, und welches mir der Prätor restituirt, ein persönliches ist; eine dingliche aber, wenn dieses Recht ein dingliches ist. Nun wird man auch verstehen, wenn Ulpian [13]) sagt: Volenti autem datur et *in rem actio* et *in personam*, rescissa acceptilatione vel alia liberatione. — Licet autem *in rem actionem* dandam existimemus, *quia res in bonis est eius*, *qui vim passus est;*

(zwar

11) *L.* 9. §. 4. *L.* 21. §. 6. *D. h. t. L.* 3. *Cod. eodem.* HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 837. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 25.

12) CUJACIUS ad L. 9. §. 4. D. h. t.

13) *L.* 9. §. 4. *et* 6. *D. h. t.*

(zwar nicht nach der Subtilität des strengen Rechts, aber nach der Billigkeit des Prätors, welcher die erzwungene Alienation nicht gelten läßt) verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem. Paulus[14]) erläutert dieses noch durch folgendes Beyspiel: Si coactus hereditatem repudiem, duplici via Praetor mihi succurrit: aut *utiles actiones* quasi heredi dando, aut *actionem metus causa* praestando; ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat. Wenn ich also aus Furcht eine Erbschaft habe ausschlagen müssen, so kann ich die hereditatis petitionem utilem anstellen. Ich verbinde jedoch damit das Gesuch, die geschehene Repudiation, als ungültig, wieder aufzuheben, und mich für einen solchen, dem sein Erbrecht annoch zusteht, zu erklären, demnächst aber zu erkennen, daß Beklagter mir die Erbschaft mit allen erhobenen oder zu erheben gewesenen Nutzungen nach einem zu Recht beständigen Erbschaftsverzeichniß, nebst Erstattung aller Schäden und Kosten abzutreten schuldig sey. Der Prätor giebt mir aber auch noch

β) eine neue Klage; dieß ist die *actio quod metus causa*, welche mit jener erstern elective concurrirt. Diese Klage findet nach Ulpians[15]) Lehre Statt, das erzwungene Geschäft mag durch die Uebergabe schon vollzogen seyn, oder nicht, und hat die besondere Eigenschaft, daß sie nicht nur gegen jeden Besitzer der mir abgezwungenen Sache angestellet werden kann, sondern auch eine Verurtheilung des Beklagten zum vierfachen Ersatz nach sich zieht, wenn derselbe der richterlichen Sentenz nicht gutwillig

14) *L.* 21. §. 6. *D. h. t.*
15) *L.* 9. §. 3. *D. h. t.*

lig Folge leistet, und die Klage binnen vier Jahren angestellet wird [16]). Jene Eigenschaft macht sie zur actio in rem scripta, diese zur actio arbitraria [17]). Von dieser Klage in den folgenden §§. ein mehreres.

Ich kann aber des erlittenen wiederrechtlichen Zwanges wegen nicht nur klagen, sondern mich auch

b) einer Einrede bedienen, nämlich der Prätor giebt mir die *exceptionem quod metus causa* [18]). Diese findet in zwey Fällen Statt:

1) wenn ich aus Furcht etwas versprochen habe, und aus diesem Versprechen auf dessen Erfüllung belangt werde.

2) Wenn ich die mir durch Furcht abgezwungene Sache in der Folge wieder erhalten habe, und derjenige, welcher mir dieselbe abnöthigte, oder ein Dritter, der sie von ihm erhielt, solche als die seinige vindiciren will [19]). (§. 435.) Diese metus causa exceptio ist übrigens, wie die Klage, in rem scripta, und findet daher Statt, der Kläger mag eben derjenige seyn, welcher mich in Furcht setzte, oder ein Dritter [20]). Endlich

c) kann

16) *L.* 14. §. 3. *et* 4. *D. eodem.*

17) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 274. S. 554. folg.

18) *L.* 4. §. 33. *D. de doli mali et metus exceptione.*

19) *L.* 5. *Cod. de exceptionibus.*

20) *L.* 4. §. 33. *D. de doli mali et met. except.* Metus causa exceptio in rem scripta est: *Si in ea re nihil metus causa factum est;* ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo, qui agit.

c) kann man sich auch einer Replik wegen der Furcht bedienen. Ich stelle nämlich die vorige Klage geradezu an, die aus dem gewaltsam aufgegebenen Rechte, oder aus der Schuldverbindlichkeit entspringt, welche ich aus Furcht dem Schuldner habe erlassen müssen, ohne in dem Libell etwas von der geschehenen Repudiation oder Erlassung zu erwähnen; und wenn mir dann der Beklagte die Einrede entgegen setzt, daß eine Repudiation oder eine Schulderlassung geschehen sey, und daher keine Klage Statt finde, so kann ich ihm die Replik vorhalten, daß das Geschäft, worauf der Beklagte seine Einrede gründet, durch ungerechte Furcht erzwungen worden sey, und mir daher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen zustehe [21]).

§. 449.

Wem steht die actio quod metus zu? und gegen wen wird sie angestellet?

Wir wollen nun die Natur der prätorischen actionis quod metus causa noch näher kennen lernen. Diese Klage steht

1) nicht nur demjenigen zu, welcher durch ungerechte Furcht oder Gewalt in Schaden gesetzt worden ist, er mag das ihm angedrohete Uebel an sich selbst, oder an Anderen, die ihm angehören, z. E. an seiner Frau oder Kindern, zu besorgen gehabt haben [22]); sondern auch den Erben desselben und übrigen Successoren [23]), z. B. dem Legatar, dem die abgezwungene Sache vermacht worden ist; so wie

21) DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integrum h. t. §. 32.

22) *L.* 8. §. 3. *D. h. t.* §. 2. *I. de Injur.* VOET ad Pandect. h. t. §. 11.

23) *L.* 16. §. 2. *D. h. t.*

überhaupt auch einem jeden Andern, welcher sonst dabey ein Interesse hat. Denn sie ist eine actio rei persecutoria [24]). Sie kann daher auch von dem Bürgen angestellet werden, er mag entweder selbst zur Bürgschaft gezwungen, oder von dem zur Anerkennung einer gewissen Verbindlichkeit gewaltsam genöthigten Schuldner mit seiner Bewilligung bestellet worden seyn [25]). (§. 443. S. 460. folg.) Es kann ferner

2) diese Klage nicht nur gegen denjenigen angestellet werden, der mich in Furcht gesetzt hat, sondern auch gegen jeden dritten Besitzer der mir abgezwungenen Sache, er sey ein bonae oder malae fidei possessor [26]); denn sie ist eine *actio in rem scripta.* Wird die Klage wider denjenigen angestellet, der die Gewalt selbst ausgeübt hat, so kommt es nicht darauf an, ob derselbe die wiederrechtlich abgezwungene Sache noch besitzt [27]), denn er ist doch immer als ein solcher anzusehen, qui dolo possidere desiit. Es ist auch gleichviel, ob derjenige, welcher mich in Furcht setzte, eine physische, oder moralische Person, z. B. ein Collegium, ist [28]). Haben jedoch mehrere zugleich an dem unerlaubten Zwange Antheil genommen [29]); so haften sie zwar in soli-

24) *L.* 14. §. 2. *in fin. D. h. t.*

25) *L.* 14. §. 6. *et* 8. *D. h. t.* VOET h. t. §. 3. *in fin.* Dem Bürgen kommt auch die *exceptio quod metus causa* zu. *L.* 7. §. 1. *D. de exception.*

26) *L.* 14. §. 5. *D. eod.*

27) *L.* 14. §. 5. *D. cit.*

28) *L.* 9. §. 3. *D. h. t.*

29) Auch die bloße Billigung der That kann hier Einen schon zum Theilnehmer machen. Denn in Ansehung der bürgerli-

solidum [30]); aber doch nur so, daß wenn einer das Ganze wieder ersetzt hat, gegen die übrigen keine Klage weiter Stadt findet [31]). Klagt man wider den dritten Besitzer, so ist es nicht nothwendig, daß man in der Klagschrift die Person anzeige, durch deren Gewalt man in Schaden gesetzt worden ist [32]). Denn darauf kommt nichts an, es kann auch seyn, daß man die Person gar nicht kannte; es ist also genug, wenn ich in der Klage anführe, daß ich aus Furcht oder wegen erlittener Gewalt das Meinige habe weggeben müssen [33]). Da nun aber freylich hierin der Grund der Klage besteht, so muß ich diesen Umstand um so mehr beweisen, weil kein Zwang im Zweifel vermu-

gerlichen Folgen einer unerlaubten Handlung findet die Regel Staat: ratihabitio mandato aequiparatur. *L.* 1. §. 14. *D. de vi et vi armata. L.* 152. §. 2. *D. de Reg. iur.* S. Kleinschrod's systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1 Th. §. 184.

30) Das beneficium divisionis kann hier nicht statt finden, wo die Correalverbindlichkeit aus einer unerlaubten Handlung entspringt. S. Hrn. Hofr. KLEINSCHROD doctrina de reparationae damni delicto dati. Specim. I. (*Wirceburgi* 1798. 4.) §. 9. et 10.

31) *L.* 14. §. 15. L. 15. *et L.* 16. *pr. D. h. t.* Denn die *actio quod metus causa* ist an sich nur eine actio rei persecutoria; sie wird nur dann erst zur Pönalklage, wenn der Beklagte dem richterlichen Erkenntniß keine Folge leistet. S. *Io.* ALTAMIRANUS ad libr. quart. quaestion. *Scaevolae* Tract. IV. (in *Thesaur. Meermann.* T. II. *pag.* 433. §. 5. und *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 9.

32) *L.* 14. §. 3. *D. h. t. L.* 15. §. *fin. D. de dolo malo.*

33) *L.* 14. § 3. *D. h. t.*

thet werden kann[34]). Gegen die Erben desjenigen, welcher die ungerechte Gewalt ausübte, findet nach dem Röm. Rechte die Klage anders nicht Statt, als insofern etwas auf sie gekommen, oder die Klage schon gegen den Erblaßer bey dessen Leben angestellt worden ist[35]). Man sieht nun zwar in jenem ersten Falle auf die Zeit der Litiscontestation, um zu bestimmen, was aus der unerlaubten Handlung des Erblassers auf den Erben gekommen ist[36]). Es ist indessen doch nicht immer nöthig, daß der Erbe die Sache zu der Zeit wirklich noch besitze, da er belangt wird. Er haftet für den Gewinn, wenn er auch die Sache selbst schon vorher verbraucht haben sollte[37]). Nur alsdann kann man nicht sagen, der Erbe sey durch den metum seines Erblassers reicher worden, wenn die Sache bey ihm durch Zufall zu Grunde gegangen ist[38]). Sie muß nur nicht

34) *L. ult. pr. D. h. t. L.* 13. *Cod. de transact. L.* 9. *C. de his, qnae vi metusve causa.* DOMPIERRE h. t. §. 21.

35) *L.* 16. §. 2. *D. h. t. L. un. Cod. ex delict. defunctor. in quantum heredes conveniantur.* In dem letztern Gesetz heißt es: Post litis contestationem eo, qui vim fecit, vel concussionem intulit, — defuncto, successores eius in solitum, alioquin, in quantum ad eos pervenit, conveniri, iuris absolutissimi est; ne alieno scelere ditentur. Man sehe hier *Petr.* DUIRSEMA Conjecturalium iur. civ. Lib. I. cap. 7. (*Groening.* 1714. 8.)

36) *L.* 20. D. *h. t.*

37) *L.* 17. *D. h. t.* Von diesem Falle ist auch die *L.* 127. *D. de Reg. iur.* zu verstehen, wie POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. nr. XXI. bemerkt.

38) *L.* 18. *D. h. t.* NOODT in Comment. ad Pand. h. t. pag. 112. ist zwar Anderer Meinung, und will die *L.* 18. nicht von dem Erben, sondern von dem Dritten bonae fidei possessore verstehen.

nicht erst nach der Litiscontestation zu Grunde gegangen seyn. Denn ist soviel gewiß, daß die Sache zur Zeit der Litiscontestation noch in den Händen des Erben war, so ist nun die Klage, wie Cajus [39]) sagt, auf immer begründet, weil es bey dem Erben auf das tempus rei indicatae nicht ankommt [40]). Ist der Erbe schon verstorben, so haftet desselben Erbe, wenn er gleich nicht reicher worden, doch immer wenigstens in so weit, als der heres proximus belangt werden konnte [41]). So nach dem römischen Rechte. Allein nach dem kononischen Rechte findet die Klage gegen die Erben ohne Unterschied Statt, der Erbe

 haftet

stehen. Der Erbe soll nach seiner Meinung für den Zufall so gut haften, als wenn er die Sache consumirt hätte. Der nämlichen Meinung ist auch *Ant.* FABER in Rational. ad L. 18. D. cit. Allein die L. 1. C. h. t. worauf man sich beruft, redet offenbar von demjenigen, der mich in Furcht setzte, oder dem male fidei possessore, nicht von dem Erben, der in bona fide ist; so verstehen dieses Gesetz auch WISSENBACH in Commentar. ad L. 1. Cod. cit. pag. 101. und WESTENBERG in Princip. iur. secund. ord. Digestor. h. t. §. 30. Daß nun aber in der *L.* 18. *D. h. t.* unter dem *alius*, an welchen die Sache gekommen ist, vorzüglich auch der Erbe gemeint sey, lehrt der Zusammenhang mit der vorhergehenden *L.* 17. und den nachfolgenden *LL.* 19. u. 20. *D. h. t.* welche alle von dem Erben reden. S. POTHIER c. l. nr. XXI. not. d. und HUFELAND Diss. de legum in Pandect. interpretandar. subsidio, ex earum nexu et consecut. petendo §. 9. sqq.

39) *L.* 19. *D. h. t.*

40) CUJACIUS ad L. 17. D. h. t. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. nr. XXI. not. a. pag. 132. u. DOMPIERRE h. t. §. 24.

41) *L.* 17. *D. h. t.*

haftet wenigstens immer, so weit die Erbschaft zureicht [42]); und dieses Recht befolgen wir in der Praxis [43]).

§. 450.

Gesuch der actionis quod metus causa. Wie wenn die abgezwungene Sache zu Grunde gegangen ist?

Die Klage geht übrigens nach dem Unterschied der Fälle bald auf die Herausgabe der durch Furcht abgezwungenen Sache mit allen Nutzungen und Zubehör [44]), nicht minder auf Leistung einer Caution de dolo, daß nämlich der Besitzer für alle Deterioration haften wolle [45]); bald geht sie darauf, daß das aus Furcht geschehene Versprechen, oder die geschehene Entsagung oder Schulderlassung u. d. für nicht geschehen erklärt, und folglich der Beklagte das leiste oder gebe, wozu er vor der erzwungenen Entsagung oder Erlassung verbunden war [46]). Ist die durch Furcht abgezwungene Sache nicht mehr vorhanden, so

42) *Cap.* 5. *X. de Raptorib.*

43) S. REINHARTH Observat. select. ad *Christinaei* Decisiones Vol. III. Obs. 11. *Ferd. Christ.* MÜLLER Diss. de actionibus ex delicto rei persecutoriis, adversus heredes delinquentis in solidum competentibus, *praes. Ge. Henr.* AYRERO *Goett.* 1752. def. §. 30. KLEINSCROD Doctr. de reparatione damni delicto dati Specim. I. §. 14. und Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 5. Band §. 1287. S. 160.

44) *L.* 12. *pr. D. h. t.* Nach dieser Stelle muß der malae fidei possessor auch die *fructus percipiendos* vergüten, welche der Eigenthümer nach seiner Art noch hätte gewinnen können.

45) *L.* 9. §. 5. *et* 7. *D. h. t. Ant.* FABER Rational. ad. h. L.

46) L. 9. §. 7. L. 10. D. h. t.

so ist ein Unterschied zu machen, ob sie bey denjenigen selbst durch Zufall zu Grunde gegangen ist, welcher dieselbe durch widerrechtlichen Zwang an sich brachte, oder bey dem dritten Besitzer. In jenem Falle muß der Beklagte für den Casus haften, wenn die Sache bey dem Eigenthümer selbst nicht zu Grunde gegangen seyn würde. Ulpian[47]) sagt ausdrücklich: *si tamen peritura res non fuit*, si metum non adhibuisset: tenebitur reus. Es würde also nach dieser Lehre Ulpians auch selbst derjenige, welcher die Furcht eingejagt hat, für den Unglücksfall alsdann nicht haften dürfen, wenn die abgezwungene Sache auch eben so gut bey dem Eigenthümer selbst zu Grunde gegangen seyn würde, wofern nicht etwa der Kläger die Sache an einen Dritten hätte verkaufen können, so daß der Zufall diesen betroffen, und der Eigenthümer doch das Kaufgeld bekommen hätte. In diesem Falle muß der Beklagte allerdings den Werth vergüten, weil er durch seine unerlaubte Handlung den Kläger um diesen Gewinn gebracht hat. Daher setzt Ulpian noch hinzu: Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, *qui eum venditurus fuit*, si vim passus non esset[48]). Das nämliche gilt auch von einem dritten malae fidei possessore. Ist hingegen die Sache bey dem bonae fidei possessore zu Grunde gegangen, so ist zu unterscheiden, ob sich der Zufall vor erhobener Klage ereignete, oder während des Processes. In dem ersten Falle haftet er für keinen Schaden, wenn er ihn auch durch seine Nachlässigkeit veranlaßt hätte: *quia quasi suam rem neglexit*[49]). In dem

 andern

47) *L.* 14. §. 11. *D. h. t.*

48) S. DOMPIERRE h. t. §. 30.

49) *L.* 31. §. 3. *D. de heredit. petit.* HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 4.

andern Falle hingegen kommt es darauf an, ob der Zufall durch des Beklagten Nachlässigkeit veranlaßt wurde, oder ohne seine Schuld. Im letztern Falle muß er gleichfalls freigesprochen werden [50]), weil ein bonae fidei possessor auch nach der Litiscontestation für keine Unglückfälle steht [51]). *Nec enim debet bonae fidei possessor aut mortalitatem praestare*, sagt Paulus [52]), *aut propter metum huius periculi, temere indefensum ius suum relinquere.* In dem ersten Falle hingegen ist er verbunden, den Schaden zu ersetzen, denn in Absicht auf doli et culpae praestationem werden alle bonae fidei possessores von Zeit der Erhobenen Klage an den malae fidei possessoribus gleichgeachtet [53])

Geht die Sache erst nach dem Definitivurtheil zu Grunde, so muß jeder Besitzer ohne Unterschied, er sey bonae oder malae fidei possessor, den Schaden tragen [54]). Das Röm. Recht macht zwar einen Unterschied, ob sich der Zufall intra tempora actionis iudicati zugetragen, oder post tempus iudicati *); und

50) *L.* 14. §. 5. *D. h. t.*

51) *L.* 16. *pr. D. de Rei vindicat.* S. *Christoph. Christ.* HASSE Diss. de litis contestatione, an et quatenus bonae fidei possessor per eam in mala fide constituatur. *Goett.* 1780. §. 20. und Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz und Eigenthum. §. 933. u. 940.

52) *L.* 40. *pr. D. de hereditat. petit.*

53) *L.* 45. *D. de Rei vindicat. L.* 4. §. 2. *D. fin. regundor.*

54) WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 31. et 32.

*) Das tempus rei iudicatae bestand zu Ulpians Zeiten noch in in einem Zeitraum von 30 Tagen; dieser war nach GELLIUS *Noct. Attic. XV.* 3. schon in den Gesetzen der zwölf Tafeln festgesetzt.

und will, daß in dem ersten Falle der Beklagte von dem Ersatz des Werthes frey seyn, und der Kläger sich blos mit der poena tripli begnügen solle; dahingegen in dem letztern Falle den Beklagten von der Strafe des vierfachen Ersatzes nichts befreyen kann [55]). Allein da sich diese Distinction auf die Privatstrafe bezieht, die nach dem Röm. Rechte bey der actione quod metus causa, im Falle des Ungehorsams, erkannt werden konnte, so fällt dieser Unterschied, wie schon Voet [56]) bemerkt hat, heut zu Tage weg.

Aus allem diesen ergiebt sich also, daß die actio quod metus causa eigentlich an sich eine actio rei persecutoria ist. Allein stellte sie der Kläger ehemals intra annum utilem, nach dem neuern Röm. Recht aber binnen vier Jahren an, so konnte sie bei den Römern dadurch zur Pönalklage werden, wenn der Beklagte der richterlichen Auflage, arbitrio iudicis), den Kläger zu befriedigen, keine Folge leistete [57]). Nun konnte der Kläger das Vierfache

setzt. Erst Justinian bestimmte eine vier monatliche Zeitfrist. *L. ult. C. de Usur. rei iudic.*

55) *L.* 14. §. 11. *D. h. t.*

56) Comm. ad Pand. h. t. §. 8.

57) *L.* 14. §. 3. *in fin. D. h. t.* sagt: Non statim quadrupli est actio, *sed si res non restituatur;* und §. 4. heißt es: Haec autem actio cum *arbitraria* sit, habet reus licentiam, usquae ad sententiam ab arbitro datam, restitutionem rei facere: *quod si non fecerit, iure meritoque quadrupli condemnationem patietur;* und in dem §. 27. *I. de action.* sagt Justinian, es liege stillschweigend schon in der Natur der actionis quod metus causa, ut qui iudicis iussu ipsam rem actori restituat, absolvatur.

sache fordern, worin jedoch auch, wie Ulpian[58]) sagt, die Restitution der abgezwungenen Sache selbst, und was dazu gehörte, enthalten war; zuweilen aber nur das triplum, wenn es im Falle eines erzwungenen Versprechens nur auf eine Acceptilation angesehen war, und diese der Beklagte, dem arbitrio iudicis gemäß, zu bewirken sich weigerte; welche Meinung wenigstens Ulpian[59]) gegen Julian und Labeo, als die billigere, behauptete. Noch ist zu bemerken, daß, wenn jene Strafe des Ungehorsams eintrat, das alles quadruplicirt werden mußte, was der Beklagte zu restituiren schuldig war[60]); also nicht nur der Werth der Sache, sondern auch die Früchte derselben, auch selbst die, welche der Beklagte nicht percipirt hat, wenn sie nur der Kläger nach seiner Art zu wirthschaften noch hätte ziehen und gewinnen können, wenn er nicht durch die gewaltsame Handlung des Beklagten daran wäre gehindert worden, und was sonst noch zur Sache gehört (omnis causa)[61]).

Es versteht sich aber auch von selbst, daß der Kläger dasjenige, was er aus dem erzwungenen Geschäft von dem Beklagten in Händen hat, z. B. das Kaufgeld, wenn er gegen

58) *L.* 14. §. 10. *D. h. t.* Warum der Prätor bey der actione quod metus causa den Ungehorsam des Beklagten mit der poena quadrupli bestraft wissen wolle, untersucht GUNDLING Tr. de efficientia metus in promissionibus cap. VI. §. 22.

59) *L.* 14. §. 9. *D. h. t.* Man sehe über diese Stelle POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. nr. XXVI. not. i.

60) *L.* 14. §. 1. *L.* 21. §. 2. *D. h. t.*

61) *L.* 12. *pr. L.* 14. §. 7. *D. h. t.* DOMPIERRE *h. t.* §. 26.

gegen den erzwungenen Verkauf des Seinigen Restitution sucht, zurückgeben müsse [62]).

§. 451.

Findet die actio quod metus auch noch h. z. T. Statt? und in welchen Fällen ceßirt sie?

Ob nach den heutigen Rechten die prätorische Restitution bey erzwungenen Geschäften noch nöthig sey? ist unter den practischen Rechtsgelehrten streitig. Viele wollen den heutigen Gebrauch derselben aus dem Grunde läugnen, weil dergleichen Geschäfte heut zu Tage schon an sich nichtig wären [63]). Der Verletzte könne also das Seinige vin-

62) *L.* 3. *et* 4. *C. de his, quae vi metusve causa.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. Eine Ausnahme macht L. *pen. Cod. eod.* in dem Falle, wenn eine öffentliche Person durch Mißbrauch ihrer Amtsgewalt einen Kauf erzwungen hat. Eine solche Person soll nach dem angeführten Gesetz die durch den erzwungenen Kauf an sich gebrachte Sache unentgeldlich an den Verkäufer wieder zurück geben. Gleiche Strafe des Verlusts am Kaufgelde soll bey denen Staat finden, qui vel *conjugis* vel *amici* nominibus abutentes, praedam tamen sibi acquirant. Nach einer gewissen Verordnung des Krs Valentinian L. 5. *C. Th. de his, quae administrant. vel offic. publ. gerentibus distracta*) soll zwar in jenem Falle die verkaufte Sache an den Fiskus verfallen seyn, wenn der Verkäufer sie binnen 5 Jahren nicht zurück fordert. Allein da Justinian diese Verordnung in seinen Codex nicht aufgenommen hat, so ist sie für aufgehoben zu halten. S. GIPHANII Explanat. difficilior. LL. Cod. h. t. pag. 88.

63) GUNDLING Tr. de efficientia metus Cap. 6. §. 28. sqq. CARRACH Adnotat. de actionibus Sect. II. cap. XI. §. 39. ad verb. *iuris* et §. 43. ad verb. *difficillimam.* PAULI Diss. de incongrua

vindiciren, oder sich der Publicianischen Klage bedienen, oder die Contractsklage oder auch condictionem indebiti anstellen. Ja nach dem kanonischen Rechte komme ihm auch die Spolienklage zu statten. Allein diese Meinung ist ganz ungegründet. Die Ungültigkeit eines Geschäfts hindert ja die Anwendbarkeit der prätorischen Restitution nicht, wenn die ordentliche Klage entweder in einem gewissen Falle gar nicht Statt findet, oder das Restitutionsgesuch dem Verletzten vortheilhafter ist. Nun ist es gewiß in dem Falle, da die abgezwungene Sache ein Dritter besitzt, immer besser, die actionem quod metus causa anzustellen, als diesen mit der Eigenthumsklage zu belangen, weil bey dieser das Eigenthum, wenn auch nur das präsumtive, bewiesen werden muß, dahingegen bey jener prätorischen Klage weiter nichts, als der erlittene Zwang, erwiesen werden darf [64]. Nun braucht man zwar auch bey der Spolienklage nur das erlittene Spolium zu beweisen. Allein die Klage findet doch nicht so, wie die actio quod metus causa, wider den dritten bonae fidei possessorem Statt [65].

Allein

grua praxi doctrinae iur. Rom. de restitutione in integr. ex capite metus. *Gedani* 1758. *Dan.* NETTELBLADT System. elem. iurisprud. positivae Germ. commun. general. (*Halae* 1781.) §. 354. und WESTPHAL Progr. de duplici actione restitutoria omnibus fere restitutionibus in integr. praetor. communi §. 14.

64) S. meine Diss. de vita petendae restitutionis in integrum praetoriae Cap. IV. §. 35. (*Opuscul.* Fasc. IV. pag. 67. sqq.) und Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1006. S. 970.

65) *C. H.* BOEHMER in Iur. Eccles. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 13. §. 6. sqq.

Allein eine andere Frage ist, ob die actio quod metus causa im Falle des Ungehorsams des Beklagten noch heutiges Tages die Strafe des vierfachen Ersatzes zur Folge habe. Verschiedene Rechtsgelehrten [66]) wollen dies wirklich behaupten. Allein die meisten [67]) läugnen dieses aus dem Grunde, weil sich die Verurtheilung des Beklagten zum vierfachen Ersatz, welche immer erst ein vorhergehendes arbitrium iudicis erforderte, mit unserer heutigen Prozeßform nicht verträgt, und überhaupt die Gewalt des Richters sich bey uns nicht mehr so weit erstreckt, daß er den Beklagten bloß des Ungehorsams wegen auf das Vierfache condemniren könnte. Dieser Meinung stimmt auch unser Verfasser bey.

Uebrigens cessirt die Klage

1) wenn das erzwungene Geschäft durch nachher erfolgte freye Einwilligung genehmiget worden ist [68]). Diese Genehmigung kann auch stillschweigend geschehen, wenn man dasjenige nachher freywillig giebt oder thut, was man aus

66) *I. Henr.* BERGER Comment. de usu actionum cum rei persecutor. tum in primis poenalium §. 29. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 3. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. Part. III. Obs. 24. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 840. und Schmidt im Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 1289.

67) THOMASIUS in Disp. de usu actionum poenal. iur. Rom. in foris Germ. Cap. III. §. 14. SCHAUMBURG in Compend. iur. Dig. h. t. §. 7. *Henr. Ern.* KESTNER de valore Digestorum Diss. IV. pag. 37. GUDELINUS de iure novissimo Lib. III. cap. 12. VOET h. t. §. 18. und Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1135.

68) *L.* 4. *C. h. t.*

aus Zwang versprochen hat [69]). Man kann auch das Versprechen dadurch als gültig anerkennen, wenn man zur Bestärkung desselben nachher aus freyen Willen ein Pfand giebt, oder einen Bürgen stellt [70]). Der Eid hingegen, wodurch das erzwungene Geschäft bestärkt worden, kann demselben keine Gültigkeit verschaffen, wenn auch dieser durch Furcht veranlaßt wurde [71]).

2) Fällt die Klage weg, wenn ihr eine gesetzmäßige Verjährung entgegensteht. Diese kann bald in einem Ablauf von vier Jahren bestehen [72]), wann entweder von der Strafe des vierfachen Ersatzes die Rede ist, oder die Klage gegen den malae fidei possessor angestellt werden will, der die abgezwungene Sache zu besitzen aufgehört hat, ohne dadurch reicher geworden zu seyn [73]); (S. 439.) oder die Sache zwar noch in Natur vorhanden ist, allein dem Kläger eine andere Klage zusteht [74]). Bald tritt die Verjäh-

69) *L.* 2. *C. eod.*

70) VOET h. t. §. 16.

71) *I. H.* BOEHMER Iur. eccles. Protestant. Lib. I. Tit. 40. §. 4. VOET ad Pand. h. t. §. 16. in fin. WERNHER Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 483.

72) Daß durch die *L. ult. C. de tempor. in integr. restitut.* der annus utilis auch bey der actione quod metus causa aufgehoben worden, habe ich oben S. 436. gezeigt. Man sehe auch GUNDLING de efficientia metus in promissionibus Cap. VI. §. 23. Anderer Meinung sind jedoch LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 32. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 840.

73) WESTPHAL Progr. de duplici actione restitutoria, omnibus fere in integrum restitutionibus praetor. communi. §. 13.

74) *L.* 14. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* BOEHMER doctr. de actionib. Sect. II. cap. 11. §. 43. not. u.

jährung erst nach dreyßig Jahren ein, nämlich wenn die Klage bloß auf Wiedererlangung der noch vorhandenen Sache, oder auf Herausgabe des davon erhaltenen Gewinnstes, den der Beklagte noch besitzt, abzweckt [75]). Zuweilen kann sich jedoch der dritte bonae fidei possessor mit der longae possessionis praescriptione schützen, wenn nämlich der Kläger durch eine blos compulsive Gewalt zur Veräusserung seiner Sache gezwungen worden ist, und der Beklagte solche durch einen gerechten Titel an sich gebracht hat. In diesem Falle kann es geschehen, daß die actio quod metus causa in Gefolge der Usucapion, welche der Beklagte für sich hat, in kürzerer Zeit erlöscht [76]). Zwar redet der Kr. Gordian in seiner Verordnung [77]) nur von einer unbeweglichen Sache. Ich glaube aber, daß nach der Rechtsanalogie [78]) dem bonae fidei possessori auch eben so gut bey einer beweglichen Sache die Usucapion zu statten kommen kann, weil man doch, wie Ulpian [79]) bemerkt, nicht sagen kann, daß derjenige gerade ein Dieb sey, welcher durch Gewalt den Besitz der Sache vom Eigenthümer erhalten hat. Die compulsive Gewalt bewirkt hier

75) *L.* 21. §. 1. *D. h. t.* VOET ad Pand. h. t. §. 18.

76) *L.* 3. *C. de his, quae vi metusve causa*, wo es heißt: si modo, qui secundo loco comparavit, longae possessionis praescriptione non fuerit munitus.

77) *L.* 3. *cit.* sagt: Si vi vel metu *fundum* avus tuus distrahere coactus est; etc.

78) *L.* 5. *pr. D. de div. tempor. praescript.*

79) *L.* 14. §. 12. *D. h. t.* Qui vim intulit, cum possessionem a me sit consecutus, *fur non est.* Es findet daher die Vorschrift des §. 3. *I. de Usucap.* hier keine Anwendung.

hier kein solches vitium reale, welches die Usucapion auf Seiten des dritten bonae fidei possessoris hindern könnte [80]. Der malae fidei possessor wird sich hingegen heutiges Tages schwerlich auf eine Verjährung berufen können, in sofern er nämlich die Sache noch besitzt, oder sich sonst dadurch bereichert hat; weil nach dem kanonischen Rechte auch zur extinctiven Verjährung die bona fides erfordert wird [81].

80) S. LUDOVICI Diss. de vitio reali et personali. (*Halae* 1710.) §. 5.

81) Man sehe WEHRN doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni praestandi. Cap. II. §. 5. not. 84. pag. 52.

Lib. IV. Tit. III.

De dolo malo.

§. 452. u. 453.

Wenn hat die Restitution wegen des Betrugs Statt? Urheber dieses Edicts. Veranlassung desselben.

Wenn wir hier den *dolus malus* als die andere in dem Edict des Prätors ausdrücklich genannte Ursach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betrachten, so verstehen wir darunter eine Täuschung, die auf eine unerlaubte Art in der bösen Absicht geschieht, um einem andern zu schaden. Ich sage, auf eine unerlaubte Art. Denn zuweilen ist die Verstellung nicht unerlaubt, wenn sie gleich nicht ohne Schaden des andern geschieht; nämlich wenn man sie dazu braucht, um das Seinige zu retten, oder sich sonst einen erlaubten Vortheil zu verschaffen. Eine solche erlaubte Verstellung nennet man *dolum bonum*, ein Ausdruck, der, wie Ulpian[82]) sagt, bei den Alten eben das bezeichnete, was man sonst *solertiam* nennt. Von diesem ist nun zwar hier eigentlich die Rede nicht, ich glaubte es aber doch wenigstens darum bemerken zu müssen, weil Labeo bey Ulpian[83]) den Servius deßwegen tadelt, daß er durch seinen Begriff den dolum malum nicht genug vom dolo bono unterschieden habe, obgleich dieser Tadel mehr den C. Aquilius Gallus trifft, welcher, wie Cicero[84]) erzählt,

82) *L.* 1. §. 3. *D. h. t.*
83) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*
84) De *officiis* Lib. III. cap. 14. in fin. S. DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 4.

zählt, auf die Frage, was dolus malus sey, die Antwort gab, *cum esset aliud simulatum*, *aliud actum.*

Die Restitution wegen des Betrugs findet nun in allen den Fällen Statt, wo man sich wegen des erlittenen Betrugs sonst durch kein anderes Rechtsmittel helfen kann, und es doch der Billigkeit gemäß ist, daß der zugefügte Schade ersetzt werde. *Quae dolo malo facta esse dicentur*, sagt der Prätor in seinem Edict, so wie es Ulpian[85]) aufgezeichnet hat, *si de his alia actio non erit, et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.* Hauptsächlich war zwar auch diese Restitution wegen der stricti iuris Contracte eingeführt, weil sich bey diesen der Betrogene nicht so, wie bey den bonae fidei Contracten, mit der Contractsklage helfen konnte wenn er sich nicht mit der Formel: *dolum malum abfuturum*, bey Schließung des Contracts vorgesehen hatte[86]). Ja es scheint fast, daß die famöse Geschichte des Cajus Canius, welche uns Cicero[87]) so naiv erzählt hat, dergleichen Fälle aber auch vielleicht schon mehrmals vorgekommen seyn mochten, den Freund und Collegen des Cicero, ich meine den Prätor Aquilius Gallus, veranlaßt habe, jenes Rechtsmittel wider den dolum malum in seinem Edict einzuführen, welches Cicero[88]) sehr richtig *omnis malitiae everriculum* nennt[89]). Allein es findet die-

85) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

86) Man erinnere sich hier an dasjenige, was oben von den Wirkungen des Betrugs bey Verträgen und Contracten Lib. II. Tit. 14. §. 296. vorgekommen ist.

87) *De officiis* Lib. III. cap. 14.

88) *De natura Deorum* Lib. III. cap. 30.

89) *Burch. Christ. de* BEHR Diss. de actionae doli mali, omnis malitiae everriculo. *Goetting.* 1738.

dieses Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch ausser den stricti iuris Contracten in andern Fällen Statt, wo man durch den Betrug des Andern in Schaden gesetzt worden ist. Dahin gehört z. B. wenn mir Jemand wissentlich einen schlechten Rath giebt [90]; oder es versichert mir Jemand um seines Vortheils willen, Titius sey ein sicherer Mann, dem man creditiren könne, da er doch die schlechten Vermögensumstände desselben kannte, und ich verliere nachher beym Titius mein Geld [91]; oder der Substitut überredet mich betrügerischer weise, eine Erbschaft auszuschlagen, unter dem Vorwande, sie sey verschuldet [92]; oder es verleitet mich Jemand durch Betrug, eine verschuldete Erbschaft anzutreten [93]. In allen diesen Fällen kann ich gegen den, welcher mich durch seinen Betrug zu einer nachtheiligen Willensbestimmung veranlaßte, mit der actione doli auf den Ersatz alles erlittenen Schadens klagen, nur muß mich nicht etwa in jenem letztern Falle der alleinige Gläubiger des Erblassers beredet haben, die Erbschaft anzutreten, weil ich mich gegen diesen schon mit der exceptione doli mali schützen kann [94]. Ueberhaupt wird hier allemahl vorausgesetzt, daß kein anders Rechtsmittel vorhanden sey, um das Seinige wieder zu erhalten, oder sich sonst seines Schadens zu erholen [95]. Es findet daher

90) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 2016.

91) *L.* 8. *D. h. t.*

92) *L.* 9. §. 1. *D. h. t.*

93) *L.* 40. *D. h. t.*

94) *L.* 40. *D. h. t.*

95) *L.* 7. *pr. D. h. t.* Eleganter POMPONIUS haec verba: *Si alia actio non sit*, sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit.

1) bey den bonae fidei Contracten die actio doli nicht Statt, weil man hier mit der Contractsklage fortkommt, es sey auf die Zernichtung des ganzen Contracts, oder nur auf das Interesse angesehen [96]) (§. 296.) Bey diesen muß auch der Erbe den Betrug seines Erblassers in solidum vertreten, wenn gleich aus des Verstorbenen Betruge nichts auf ihn gekommen wäre [97]). Denn die Verbindlichkeit aus solchen Contracten geht in ihrem ganzen Umfange auf den Erben über [98]). Nur wenn ein Dritter den Betrug gespielt hat, mit welchem mein Mitcon-

96) *L*. 9. *D. h. t.* Si quis affirmavit, minimam esse hereditatem, et ita eam ab herede emit: non est de dolo actio, cum *ex vendito* sufficiat. Add. *L*. 11. §. 5. *D. de action. emti vend. L*. 32. *D. eodem.* S. *Guil.* PROUSTEAU Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iur. cap. 10. §. 4 et 5. (Tom. III. *Thes. Meermann* pag. 498.)

97) *L*. 152. §. 3. *D. de div. Reg. iur.* In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur. — *L*. 157. §. 2. *D. eodem.* In contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est, unusquisque pro ea parte, qua heres est. — *L*. 7. §. 1. *D. Depositi.* Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum. Quanquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte, quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reiquae persecutione descendit: ideoque insolidum unus heres tenetur; plures vero pro ea parte, qua quisque heres est.

98) *L*. 49. *D. de obligat. et actionib.* Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur: veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is, apud quem depositum est. S. WEHRN Doctrina iuris explicatrix principior. et causarum damni, habita doli mali, culpae, morae etc. ratione, praestandi. Cap. IV. §. 38. pag. 273. sqq.

contrahent colludirte, so kann ich freylich gegen den Dritten, der nicht mit mir contrahirt hat, aus dem Contract nicht klagen; sondern gegen diesen findet nur die actio doli Statt, wann mein Mitcontrahent mich nicht entschädigen kann [99]). Z. B. ein Dritter leihet dem Verkäufer wissentlich zu leichte Gewichte. Hier kann zwar der betrogene Käufer actione emti gegen den Verkäufer wegen des Abgangs der Waare klagen; allein kann ihn dieser nicht entschädigen, so kommt ihm die actio doli gegen den Dritten allerdings zu statten [100]). Eben so ist es, wenn mein Procurator durch unerlaubtes Verständniß mit meinem Gegner mir den Verlust des Processes zuzog. Hier muß ich mich zuförderst an meinen Procurator halten, und gegen diesen actione mandati klagen. Hat aber dieser nichts, so kann ich meinen Gegner ex dolo belangen [1]).

2) Fällt die Restitution wegen des Betrugs weg, wenn dem Betrogenen entweder eine andere Art der Restitution zukommt, z. B. wenn ein Minderjähriger betrogen worden ist [2]) oder wenn es wenigstens an einer actione ordinaria nicht fehlt, wodurch er seine Entschädigung erhalten kann. Z. B. wenn ein Unmündiger durch Collusion seines Vormundes von einem Dritten betrogen worden ist, so kann er nicht sogleich gegen den Dritten actione doli klagen; weil ihm die actio tutelae gegen seinen Vormund zusteht, mittelst welcher er alles Interesse erhalten

99) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 5. und NOODT de forma emendandi doli mali cap. 13.

100) *L.* 18. §. 3. *D. h. t.*

1) *L.* 7. §. 9. *D. h. t.*

2) *L.* 38. *D. h. t.*

ten kann [3]). Er kann dem Dritten nur alsdann de dolo belangen, wenn der Vormund nicht solvent ist [4]); und dem Pupillen auch nicht durch die Restitution geholfen werden kann, die ihm sonst seines Alters wegen zukommt [5]).

3) Die Klage wegen des Betrugs findet auch nicht einmal alsdann Statt, wenn gleich die ordentliche Klage erloschen ist, wenn es nämlich der Betrogene nur seiner eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben hat, daß die Verjährungszeit verstrich. Ein anders wäre freylich, wenn, wie Ulpian [6]) sagt, in hoc quoque dolus malus admissus sit, ut tempus exiret. Ist es jedoch

4) zweifelhaft, ob ein anderes Rechtsmittel anwendbar oder hinlänglich sey, so findet die Klage wegen des Betrugs Statt. Non solum si alia actio non sit, sagt Ulpian [7]), *sed et si dubitetur, an alia sit*, putat LABEO de dolo dandam actionem.

§. 454.

Was finden wegen des Betrugs für Rechtsmittel Statt, wenn deswegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht wird.

Die Rechtsmittel, welcher der Prätor wegen des Betrugs giebt, sind verschieden, theils Klagen, theils Einreden.

3) *L.* 5. *D. h. t.*

4) *L.* 6. *D. h. t.* Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est.

5) VOET h. t. §. 16.

6) *L.* 1. §. 6. *et* 7. *D. h. t.*

7) *L.* 7. §. 3. *D. h. t.*

reden. Hier fällt jedoch die Wahl weg, die dem Verletzten bey der Restitution wegen erlittenen Zwanges zusteht. Denn kann sich der Betrogene mit der Einrede oder Replik des Betrugs helfen, so findet die *actio de dolo* nicht Statt. Paulus [8]) führt z. B. folgenden Fall an: Quum a te pecuniam peterem, eoque nomine iudicium acceptum esset; falso mihi persuasisti, tanquam eum pecuniam servo meo aut procuratori solvisses; eoque nomine consecutus es, ut consentiente me absolvaris: quaerentibus nobis, an in te doli iudicium dari debeat; placuit *de dolo actionem non dari*, quia alio modo mihi succurri potest. Nam ex integro agere possum; et, si obiiciatur exceptio rei iudicatae, *replicatione* (sc. doli mali) iure uti potero. So wie hier die actio doli darum wegfällt, weil der hintergangene Gläubiger sich mit der Replik des Betrugs helfen kann, wenn er die Schuldklage, von der sich der Schuldner durch sein falsches Vorgeben, als sey die Schuld bezahlt, eine Loßsprechung zu verschaffen gewußt hätte, von neuen anstellt, und ihm die exceptio rei iudicatae entgegengesetzt wird [9]); eben so wenig kann auch dann de dolo geklagt

8) *L.* 25. *D. h. t.*

9) Es scheint widersprechend zu seyn, wenn Paulus in der *L.* 20. §. 1. *D. h. t.* die actionem doli in dem Falle gestattet, da der Beklagte durch sein falsches Vorgeben, er habe mit meinem Erblasser in keiner Societät gestanden, eine Lossprechung von der Klage ausgewirkt hat. Man sucht diesen Widerspruch auf verschiedene Art zu heben. PACIUS *Εναντιοφανων* s. Legum Concilitar. Centur. II. Qu. 80. dem auch VOET ad Pand. h. t. §. 19. beytritt, glaubt, es komme darauf an, ob der losgesprochene Schuldner sich auf die vorige Klage wieder einzulassen

werden, wenn der Betrogene durch di exceptionem doli hinlänglich gedeckt ist. Furius Anthianus [10]) hat hiervon folgenden Fall. Titius ist der alleinige Gläubiger meines verstorbenen Erblassers. Dieser verleitet mich durch sein betrügerisches Vorgeben, die Erbschaft sey ansehnlich, und zur Bezahlung seiner Forderung bei weiten hinreichend, daß ich eine verschuldete Erbschaft antrete. Hier kann ich nicht de dolo malo klagen, sondern ich muß den betrügerischen Gläubiger die exceptionem doli entgegen setzen, wenn er auf die Bezahlung der ganzen Schuld klagt, und die Erbschaft nicht zureicht. Wenn also der Betrogene das nachtheilige Geschäft noch nicht erfüllet hat, so kann der

lassen bereit sey, oder nicht. Denn dazu könne er wider seinen Willen nicht gezwungen werden. In diesem letzten Falle müsse freylich die actio doli angestellt werden, und davon sey die L. 20. cit. zu verstehen. *Ant.* FABER Rational. ad L. 20. D. h. t. hingegen meint, der Unterschied liege darin, daß in dem Falle der L. 20. der Schuldner nur mit Zulassung und ohne Widerspruch des Gläubigers, in dem Falle der L. 25. aber mit ausdrücklicher Einwilligung desselben wäre freygesprochen worden. Eben so *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 10. Allein es war wohl nicht gleichviel, daß in der L. 25. der Schuldner die Schuld eingestanden, und nur durch falsches Vorgeben, daß die Zahlung geschehen sey, die Entbindung von der Klage bewirkt hatte; in der L. 20. hingegen derselbe auf eine solche Art war losgesprochen worden, als ob er gar nichts schuldig wäre. S. *Des.* HERALDUS de rerum iudicatarum auctoritatae Lib. I. cap. 9. §. 6. et 7. (*Thes. Iur. Rom. Ottonian.* Tom. II. pag. 1126.) *Henr. a* SUERIN Repetitar. Lection. iur. civ. cap. 13. (*Thes. Otton.* T. IV. pag. 30.) und POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. nr. XVI. not. p.

10) *L. ult. D. h. t.*

der Regel nach des Betrugs wegen keine Klage angestellt werden, weil dem Betrogenen die exceptio doli mali zusteht [11]). Es müßte ihm denn besonders daran gelegen seyn, lieber selbst zu klagen, als seines Gegners Klage abzuwarten, weil ihm z. B. bis dahin, da der Betrüger aus dem Handel klagt, gar leicht der Beweis verlohren gehen könnte, den er jetzt in Händen hat, um seinen Gegner des Betrugs zu überführen; oder es können auch andere Gründe vorhanden seyn, warum es dem Betrogenen lieber ist, daß das nachtheilige Geschäft gleich jetzt wieder aufgehoben werde, und wo es auf Unbilligkeit hinauslaufen würde, wenn der Betrogene mit seiner Klage warten müßte, bis er verklagt wird. In solchen Fällen kann auch bey noch nicht erfülltem Geschäft eine Klage wegen des Betrugs Statt finden [12]).

Die Klage, welche der Prätor wegen des Betrugs giebt, ist nun zweierley, eine Pönalklage und eine blose Entschädigungsklage. Jene ist die *actio doli mali*, diese hingegen die *actio in factum*. Die actio doli mali [13]) ist eine Personalklage, welche der Betrogene, oder auch

11) §. 1. *I. de Except. L.* 1. §. 4. *D. h. t.*

12) Man sehe WEHRN Doctr. iuris explicatr. principiorum et causar. damni praestandi. Cap. II. §. 5.

13) Ich muß hier bemerken, daß auch zuweilen die actio ordinaria, die des Betrugs wegen aus dem eingegangenen Geschäft, oder aus der unternommenen unerlaubten That selbst angestellet wird, actio de dolo genennt wird. So wird z. B. in der *L.* 1. *Cod. h. t.* die actio mandati, und in der *L.* 21. *pr. D. de Eviction.* die actio emti, und in der *L.* 7. §. 6. *D. h. t.* so wie in der *L.* 14. *D. de praescript. verbis* die actio Legis Aqui-

auch desselben Erbe, vorausgesetzt, daß der Kläger nicht selbst den Beklagten hintergangen habe [14]), gegen denjenigen anstellt, der den Betrug begangen hat [15]), wenn dieser auch noch unmündig wäre, wenn er nur der Pubertät nahe, und also in einem solchen Alter ist, wo er schon eines Betrugs fähig seyn kann [16]). Haben mehrere an dem Betruge Antheil genommen, so haften sie zwar in solidum, weil hier die Wohlthat der Theilung wegfällt [17]). Hat jedoch einer den Schaden ganz ersetzt, so sind die übrigen von

Aquiliae, wenn sie propter dolum angestellt wird, actio de dolo genennt, wie schon CUJACIUS Lib III. Observation. cap. 37. PACIUS *Εναντιοφανων* Centur. II. Qu. 74. *Ant.* SCHULTING ad Prota Pandect. h. t. §. 9. *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquiliam Lib. III. Cap. VII. Sect. I. nr. 37. (in *Thes. Meermann.* Tom II. pag. 167.) u. a. m. bemerkt haben. Anderer Meinung sind jedoch GIPHANIUS in Explanat. difficilior Leg. Cod. ad L. 1. de dolo malo pag 89. und DOMPIERRE Specim. de restitutionib. in integr. h. t. §. 15.

14) Denn sonst würde dem Kläger die Compensation entgegen stehen. *L.* 36. *D. h. t.* KLEINSCROD Doctr. de reparationae damni delicto dati §. 11. Man sehe auch diesen Commentar Th. 4. §. 296. S. 120.

15) Daher sagt *L.* 15. §. *fin. D. h. t.* In hac actione designari oportet, *cuius dolo factum sit;* quamvis in metu non sit necesse. S. POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XIX. not. 1.

16) *L.* 13. §. 1. *D. h. t. L.* 14. *D. eod.* S. dieses Commentars 2 Th. §. 130. S. 187, und Kleinschrodts syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 1. Th. §. 85.

17) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. 2. Specim. CXII. Medit. 1. hat dies gegen Carpzov und Brunnemann hinlänglich gezeigt.

von allen weitern Anspruche frey [18]. Gegen den dritten Besitzer, welcher an dem begangenen Betrug keinen Antheil genommen, findet jedoch die actio doli nicht statt [19].

Es

18) *L.* 17. *pr. D. h. t.* Daß die Theilnehmung der mehreren, die durch ihren Dolus einen andern in Schaden gesetzt haben, ganz gleich, und die Verletzung untheilbar seyn müsse, wenn sie deshalb in solidum haften sollen, wie PUFFENDORF de Culpa P. III. cap. 3. §. 50. et 52 will, ist nicht nöthig. Genug, wenn jedem derselben der begangene dolus dergestallt zugerechnet werden kann, daß in ihm der nothwendige Grund des daraus entstandenen Schadens liegt. S. WEHRN Doctr. iur. explicatr. principior. damni praestandi. Cap. II. §. 5. nr. XIV. Not. 95. pag. 54. und KLEINSCHROD cit. Doctrina de reparat. damni §. 9. et 10.

19) Hierdurch unterscheidet sich die actio doli von der actione quod metus causa. 10. CORASIUS Miscellaneor. iuris civ. Lib. I. Cap. 22. nr. 5. sqq. glaubt zwar, die actio doli sey eben sowohl, wie die actio quod metus, eine actio in rem scripta. Allein aus den Worten des Edicts: *Quae dolo malo facta esse dicentur*, läßt sich dies nicht schliessen: zumahl wenn aus andern bestimmteren Stellen das Gegentheil erhellet; nun soll aber nach der *L.* 15. §. *fin. D. h. t.* in der Klage de dolo allezeit die Person genau angezeigt werden, von welcher man betrogen worden ist, nicht minder soll nach der *L.* 16. *D. h. t.* die Thathandlung bestimmt angegeben werden, worin der Betrug liegen soll, damit der Beklagte sich hinlänglich dagegen vertheidigen, und vielleicht zeigen könne, daß er derjenige nicht gewesen, welcher den Kläger betrogen haben soll. Die Stellen hingegen, wo gesagt wird, die Klage de dolo finde auch gegen den Statt, der den Betrug nicht begangen, reden von solchen Fällen, wo der Betrüger des Beklagten Geschäfte besorgt hat, und dieser durch den Betrug reicher geworden ist. Nur unter dieser Einschränkung kann der Pu-

pill

Es kann auch der Erbe des Betrügers nur in so weit belangt werden, als er entweder durch den Betrug seines Erblassers reicher worden [20]), oder wenigstens durch seinen eigenen Dolus verhindert hat, daß aus des Verstorbenen Betrug nichts auf ihn gekommen ist [21]). Durch diese Klage kann nun alles Interesse gefordert werden [22]), also nicht nur Ersatz des durch des Beklagten Betrug erlittenen positiven Schadens, das ist, Herausgabe der von dem Beklagten betrüglicherweise an sich gebrachten Sache mit allen Nutzungen und Zubehör, oder Erstattung deren Werths; sondern auch Vergütung des dadurch zugleich entzogenen Gewinns [23]), wenn nur die Hoffnung dazu gegründet und unbe-

pill wegen des Betrugs seines Vormundes, der Principal aus dem Betrug seines Anwalds, und die Bürgerschaft aus dem Betrug ihrer Administratoren belangt werden. *L.* 15. *pr. et* §. 1. *et* 2. *D. h. t.* S. DOMPIERRE Specim. de Restitution. in integrum h. t. §. 28. BACHOVIUS ad Prota Pand. h. t. cap. 3. nr. 1. pag. 1019.)

20) *L.* 17. §. 1. *L.* 26. *D. h. t.* Hierher gehört auch, wenn der Verstorbene durch Betrug eine Schulderlassung erschlichen hat; denn hiervon befindet sich die Erbschaft immer bereichert. *L.* 28. *D. h. t.*

21) *L.* 27. *D. h. t.* Semper enim, qui dolo fecit, quominus haberet, sagt Ulpian *L.* 157. §. 1. *D. de Reg. iuris*, pro eo habendus est, ac si haberet. Daher die Regel: *Dolus pro possessione est*, welche Paulus *L.* 131. *D. eod.* giebt.

22) *L.* 18. *pr. et* §. 1. *et* §. 4. *D. h. t.* S. WEHRN Doctr. iur. explicatr. principior. et causar. damni praestandi. Cap. II. §. 5. nr. X. pag. 48. sqq.

23) *L.* 78. *D. de Reg. iur.* Generaliter, cum de fraude disputatur, non quid habeat actor, sed quid per adversarium habere non potuerit, considerandum est. *L.* 13. *D. rem ratam haberi*

unbezweifelt war, gesetzt auch, daß der Betrag desselben durch den Eid des Klägers, oder durch richterliches Ermessen erst ausgemittelt werden müßte [24]). Jedoch darf die Verurtheilung des Beklagten nie so weit erstreckt werden, daß der Kläger dabey etwas lucrirt, was er auch ohne den Betrug nie gehabt haben würde; denn der Zweck der Klage ist immer nur der, daß der Beklagte dem Kläger allen durch seinen Betrug verursachten Schaden ersetze [25]). Daher kann auch der zu beschwörende Schadensbetrag durch richterliche Schätzung ermäßiget werden [26]). Die eigentliche Pönalqualität der actionis de dolo malo besteht nun darin:

1) daß der Betrüger für den Schaden haften muß, wenn er gleich durch seinen Betrug nicht reicher worden, sondern ihm durch Zufall aller Gewinn wieder vereitelt worden ist [27]).

2) Daß der Kläger den Betrag alles dessen, was ihm durch den Betrug des Beklagten entgangen ist, nach seinem persönlichen Interesse eidlich bestimmen kann [28]); und

3) daß

beri sagt: *In quantum mea interfuit*, id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui; und in der *L. ult. D. de Verb. Signif.* heißt es überhaupt: *Restituit* non tantum, qui solum corpus, sed etiam, qui omnem rem conditionemque reddita causa praestet, et tota restitutio iuris est interpretatio.

24) KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 17.

25) *L.* 71. *D. de furt.* KLEINSCHROD c. l. §. 18.

26) *L.* 18. *pr. D. h. t.*

27) *L.* 18. §. 1. *D. h. t.*

28) *L.* 18. *pr. D. h. t. L.* 5. §. 4. *D. de in litem iurando.* WEHRN cit. Doctrina Cap. II. §. 5. nr. XII. pag. 52.

3) daß der Beklagte, wenn er seines Betrugs wegen verurtheilt wird, seinen guten Namen verliert [29]). Diese Strafe der Ehrlosigkeit findet jedoch nur dann Statt, wenn der Beklagte die vorläufige Sentenz des Richters, (arbitrium iudicis) welche ihm die Restitution und Schadloshaltung des Klägers auferlegte, nicht gutwillig befolgte [30]). Denn auch die actio doli ist eine actio arbitraria [31]), bey welcher der Beklagte aller weiteren Verurtheilung und also auch der dieselbe begleitenden Ehrlosigkeit entgieng, wenn er dem billigen Ermessen des Richters ein Genüge leistete [32]). Es wird ferner vorausgesetzt, daß der Beklagte wegen des begangenen Betrugs in eigenem Namen verurtheilt worden [33]). Denn war der Proceß durch einen Procurator geführt, und wider diesen die Sentenz gesprochen worden, so fiel, wegen des dominii litis, die Wirkung der Ehrlosigkeit bey einer actione famosa weg [34]). Wegen dieser besondern Wirkung der Ehrlosigkeit, welche die Verurtheilung des Beklagten bey der actione doli hat, darf aber auch

1) die Läsion nicht unerheblich seyn, sie muß wenigstens die Summe von zwey aureis, oder Ducaten, übersteigen [35]).

2) Der

29) *L.* 1. §. 4. *D. h. t.*

30) *Io. Matth.* MAGNUS Rationum et Differentiarum iuris civ. lib. I. cap. 5. (*Thes. Meermann.* T. III. pag. 283.)

31) *L.* 18. *pr. D. h. t.* Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est.

32) §. 31. *I. de Actionib.*

33) *L.* 4. §. *ult. D. de his, qui not. infam.*

34) *L.* 6. §. 2. *D. eodem.*

35) *L.* 9. §. *ult. L.* 10. *et L.* 11. *pr. D. h. t.* CUJACIUS in Comment. ad h. t. behauptet hier, zu den Zeiten des Paulus hät-

2) Der Kläger darf keine geringere oder schlechtere Person seyn, als der Beklagte. Keiner aus gemeinem Stand darf daher diese Klage gegen eine vornehme Standesperson, noch Jemand, der seiner Lebensart wegen verächtlich ist, dieselbe gegen eine solche Person anstellen welche einen bessern und unbescholtenen Lebenswandel führt [36]).

3) Der Beklagte darf auch mit dem Kläger nicht in einem solchen Verhältniß stehen, daß ihm der letztere Ehrerbietung schuldig ist [37]) Daher können Kinder diese Klage nicht gegen ihre Eltern anstellen. Endlich

4) dauert auch die actio doli nur zwey Jahre, wie ich bereits an einem andern Orte (§. 439.) bemerkt habe, und diese fangen gleich von der Zeit zu laufen an, da der Betrug begangen worden, wofern man nicht etwa wegen einer Abwesenheit in öffentlichen Geschäften zu klagen gehindert würde [38]).

§. 455.

hätten die Römer noch keine aureos gehabt, und lieset daher in der *L.* 10. *D. h. t.* usquae ad duo millia sestertiorum. Allein 1) galt ein *aureus* bey den Römern nur 100 Sesterzien, wie HUBER in Eunomia Rom. pag. 31. sq. ganz evident gezeigt hat; und dann waren auch 2) schon zu Plinius Zeiten, und lange vorher, die aurei bekannt, wie aus PLINII Histor. natur. Lib. XXXIII. cap. 3. erhellet. Man sehe DOMPIERRE h. t. §. 22. und BIENER Histor. iur. civ. de Restitutionibus in integr. Cap. VII. pag. 39.

36) *L.* 10. §. 1. *D. h. t.*

37) *L.* 10. §. 1. *eod.*

38) *L.* 3. *L.* 8. *Cod. de dolo malo.* VOET ad Pand. h. t. §. 12.

§. 455.

Wegen des Betrugs findet auch eine *actio in factum* Statt. Heutiger Gebrauch der *actionis de dolo*.

Ausser jener Pönalklage de dolo malo giebt es nun noch eine andere Klage, welche in den Fällen Statt findet, wo man die actionem doli nicht anstellen kann. Dies ist die *actio in factum*, welche dreyßig Jahre dauert, und ohne Rücksicht auf den Werth oder Betrag des Gegenstandes, auch ohne Ansehen der Person, nicht nur gegen denjenigen selbst, welcher den Betrug begangen, sondern auch gegen den Dritten, der daran keinen Antheil genommen hat, insofern er nämlich mit dem Betrüger als eine Person angesehen werden kann, wie z. B. der Erbe, oder der Pupill in Ansehung seines Vormundes, oder der Principal in Ansehung seines Bevollmächtigten [39]), in dem Falle angestellet wird, da der Beklagte durch seinen Betrug noch bereichert ist, oder wenigstens von dem Betruge des Andern Vortheil gezogen hat. Diese Klage geht daher bloß auf Herausgabe des unbilligen Gewinns, und die Verurtheilung ist hier der Ehre des Beklagten ganz unnachtheilich [40]). Denn man setzt hier den Grund seiner Klage nicht

39) Denn auch diese actio in factum ist keine actio in rem scripta, wie WESTPHAL in Progr. de duplici actione restitutoria omnibus fere in integr. restitutionibus praetoriis communi §. 15. sehr gründlich gezeigt hat.

40) *L.* 28. §. 1. *D. h. t.* Sed utique *in heredem* perpetuo dabitur, *quia non debet lucrari ex alieno damno.* Cui conveniens est, ut et in ipso, *qui dolum commiserit*, in id, quod *locupletior* esset, *perpetuo* danda sit IN FACTUM ACTIO. *L.* 29. *D. eod.* Sabinus putat, calculi ratione potius, quam maleficii

nicht in dem Betruge des Beklagten, sondern in der bona fide, wie Ulpian[41]) sagt, d. i. in der Billigkeit, vermöge welcher der Beklagte verbunden ist, dasjenige, wodurch er zum Schaden des Klägers bereichert ist, herauszugeben.

Uebrigens denken die Rechtsgelehrten über den heutigen Gebrauch dieser prätorischen Rechtsmittel sehr verschieden. Nach einigen[42]) soll zwischen der actio doli und der

Ll 2 actio

leficii heredem conveniri: denique *famosum non fieri*; ideoque *in perpetuum* teneri oportere. *L*. 30. *D*. *eodem*. Neque *causae cognitio* in heredis persona erit necessaria; nämlich diejenige Untersuchung welche bey der actione doli in Ansehung der Summe des Schadens oder wegen des persönlichen Verhältnisses der Partheyen nöthig ist, wird hier nicht erfordert, weil bey der actione in factum darauf gar nichts ankommt.

41) L. 11. §. 1. D. h. t. Quibusdam personis non dabitur (sc. *de dolo actio*) utputa vel liberis vel libertis adversus parentes patronosquae: cum sit famosa. sed nec humili adversus eum, qui dignitate excellet, debet dari: — Quid ergo est? In horum persona dicendum est, *in factum verbis temperandam actionem* dandam ut *bonae fidei* mentio fiat. *L*. 12. *D*. *eodem*. Ne ex dolo suo lucrentur. Man sehe hier vorzüglich VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 10. in fin.

42) S. *Nic. Hier*. GUNDLING Diss. de usu pract. actionum bonae fidei et stricti iuris. (*Halae* 1724.) §. 36. *I. Iac*. STOER Diss. de actione doli mali. (*Altorf*. 1717.) Cap. 3. *Burch. Christ. de* BEHR Diss. de actione de dolo malo, malitiarum Romanarum everriculo, suppellectile nostro foro minus necessaria. *Goettingae* 1738. *Christ. Guil*. WEHRN Doctr. iur. explicatr. principiorum et causarum damni praestandi Cap. II. §. 5. nr. VII. not. 34. und nr. XI. not. 84. Höpfner im Commentar

actio in factum heutiges Tages gar kein Unterschied mehr seyn. Sie sagen, die actio doli infamire an sich, nach unsern Grundsätzen, nicht mehr. Also könnten auch alle jene Einschränkungen, alle die Differenzen, welche das Römische Recht zwischen der actio doli und der actio in factum macht, von keinem practischen Nutzen seyn. Denn alle gründeten sich darin, daß die actio doli nach dem römischen Rechte infamire. Wenn also heutiges Tages Jemand durch den Betrug eines andern Schaden gelitten, es sey in oder ausser einem Contract geschehen, so klage der Hintergangene auf Ersatz des Schadens; ob er aus dem Contract, oder actione doli oder in factum klage, darauf komme gar nichts mehr an. Denn die Klage werde ja in der Klagschrift nicht mehr mit Namen genennt. Ja wenn man auch den Beklagten förmlich und wörtlich eines Betrugs beschuldigte, so würde man doch die Klage nicht mehr nach den Römischen Grundsätzen von der actione doli beurtheilen, folglich auch nicht bloß auf den Fall eines beträchtlichen Schadens, noch auf den kurzen Zeitraum von zwey Jahren einschränken können. Man würde sonst den Betrug unbilliger weise begünstigen. Dies streite gegen die teutsche Biederkeit, welche nicht erlaube, Vernunft und Billigkeit den römischen Quisquilien und Subtilitäten aufzuopfern, und unter dem Schilde derselben dem Betrug und der Bosheit das Wort zu reden. Die Klage wegen des Betrugs dauere daher h. z. T. immer 30 Jahre.

Allein die actio doli und in factum sind in Ansehung ihres Grundes, ihres Zwecks, ihrer Wirkung und ihrer Dauer

tar über die Institutionen §. 1008. S. 973. u. *Ernst. Christ.* WESTPHAL Progr. de duplici actione restitutoria omnibus fere in integr. restitutionibus praetoriis communi §. 16.

Dauer von einander so verschieden, daß, ohne Verwirrung, wohl schwerlich eine für der andern willkührlich gebraucht werden kann. Daß nun diese Differenzen durch den heutigen Gerichtsgebrauch sollten aufgehoben seyn, ist unerweislich, wenigstens zeigt Hommel[43]) das gerade Gegentheil. Es ist wahr, wegen der contractuum stricti iuris wird wohl heutiges Tages die actio de dolo malo nicht mehr zur Sprache kommen, und wegen der bonae fidei Contracte bedurften selbst die Römer ihrer nicht. Allein schon Böhmer[44]) hat bemerkt, daß sich der Gebrauch der actionis doli wenigstens in dem Falle nicht bezweifeln lasse, da man ausser einem Contract durch den Betrug eines andern in Schaden gesetzt worden ist. Noch eher liesse sich bezweifeln, ob die Klage heutiges Tages infamire, weil theils diese Wirkung von dem ganz eigenen Verfahren abhieng, welches nach der Römischen Gerichtsordnung bey einer actione arbitraria, dergleichen die actio doli war, Statt hatte[45]); theils weil die Infamie in Teutschland nicht nach der Strenge des römischen Rechts beurtheilt wird, und daher nach teutschen Rechtsprincipien nicht leicht Statt findet, wo nicht des begangenen Verbrechens wegen zugleich eine peinliche Strafe zu erkennen ist[46]). Dessen ungeachtet streiten doch auch hierin meh-

43) Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Observat 613. Man sehe auch Schmidts öffentliche Rechtssprüche Nr. LXXXXIV. §. 1. S. 628. folg.

44) Doct. de actionibus Sect. II. cap. XI. §. 39.

45) MAGNUS Lib. I. Rationum et Differentiarum iuris civ. cap. 5. (*Thes. Meerm.* T. III. pag. 272. sq.)

46) Quistorps Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 77. Not. i. und Kleinschrods systemat. Entwicke-

lung

rere Rechtsgelehrten [47]) für den heutigen Gebrauch des Römischen Rechts. Um so weniger läßt sich daher gegen die kurze Dauer dieser Klage auch heutiges Tages mit Grunde etwas einwenden [48]), wenn man zumal erwägt, daß sie ja auch noch in mehrfacher andern Rücksicht eine Pönalqualität hat, wie ich oben (S. 525.) gezeigt habe, obgleich freylich heut zu Tage nicht gerade erfordert wird, daß der Proceß binnen zwey Jahren geendiget werden müßte, weil bey uns alle actiones temporales durch die Litiscontestation perpetuirt werden [49]). Es thut auch gar nichts zur Sache, daß man in der Klagschrift den Namen der Klage nicht mehr ausdrückt. Das Factum muß doch immer so vorgetragen werden, daß der Richter aus dessen Darstellung und dem Gesuch der Klage die Art derselben erkennen kann. Setzt nun der Kläger den Grund seiner Klage darin, er habe durch des Beklagten Betrug den Scha-

lung der Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. 3. Theil. §. 88.

47) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 2. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. VIII. in fin. und Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1293. am Ende.

48) BRUNNEMANN Commentar. ad L. ult. Cod. h. t. STRYK c. l. §. 3. SCHILTER Praxi iur. Rom. Exercit. XI. §. 21. WERNHER Select. Observat. for. T. II. Part. X. Obs. 287. und *de* CANNGIESSER Collect. Decision. Hasso Casselan. T. II. Decis. CCXXXVI. nr. 15. pag. 302. und Decis. CCXXXVII. nr. 1. pag. 313.

49) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 20. Schmidts theor. praktischer Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. 5. Th. §. 1294. S. 172.

Schaden erlitten, dessen Ersatz er nebst allem Interesse von demselben fordert, so sieht ja der Richter, ohne daß die Klage mit Namen genennt ist, daß hier die actio doli angestellet worden; so wie im Gegentheil jeden Sachkundigen in die Augen leuchten wird, daß die actio in factum angestellet sey, wenn der Kläger, ohne den Beklagten eines Betrugs zu beschuldigen, sich bloß darin gründet, daß derselbe mit seinem Schaden reicher geworden, und daher der Billigkeit nach ihm diesen Gewinn herauszugeben verbunden sey. Folgt denn nun aber daraus, daß bey der einen Klage eben das Rechtens seyn müsse, was von der andern gilt? Endlich läßt sich auch mit Grunde nicht behaupten, daß durch die Anwendung des Römischen Rechts der Betrug begünstiget werde. Denn entweder ist der Betrüger durch den begangenen Betrug wirklich reicher geworden, oder nicht. Im letztern Falle ist es eine Strafe für den Beklagten, daß er dennoch das Interesse vergüten muß, und ein Vortheil für den Kläger, daß er solches durch seinen Eid bestimmen kann. Will er diesen Vortheil genießen, so muß er sich auch die gesetzlichen Bedingungen gefallen lassen, und die Klage zu gehöriger Zeit anstellen. In dem erstern Falle hingegen wird sich der Betrüger, wenn er mit der actione in factum belangt wird, nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts nie auf eine Verjährung berufen können, weil hierzu eine bona fides erfordert wird [50]. Es wird daher heutiges Tages die actio in factum nur in dem Falle nach dreyßig Jahren

50) WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. damni praestandi Cap. II. §. 5. not. 84. pag. 52. und WESTPHAL cit. Progr. de duplici actione restitutoria §. 16.

erlöschen, wenn der Beklagte sich zwar aus dem Betruge des Klägers reicher befindet, aber doch übrigens an dem Betruge selbst keinen Antheil genommen hat. Wird gegen den Erben des Betrügers auf Schadensersatz geklagt, so kommt es nicht einmal mehr darauf an, ob aus dem Betruge des Erblassers etwas auf ihn gekommen ist, weil der Erbe nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts, welche wie bereits oben (§. 449. S. 502.) bemerkt worden ist, die Praxis annimmt, für den Schaden immer soweit haften muß, als die Erbschaft zureicht [51]). Daß übrigens bey der actione doli dem Kläger der Beweis des dem Beklagten Schuld gegebenen Betrugs obliege, versteht sich, und zwar wird hierzu ein deutlicher und überzeugender Beweis erfordert, so daß an der betrügerischen Absicht des Beklagten gar nicht gezweifelt werden kann, weil man ohne dieß Niemandes Ehrlichkeit in Zweifel ziehen darf [52]). Kann man also den Beklagten keines offenbaren Dolus überweisen, so findet die actio doli nicht Statt [53]), man kann sich aber doch

51) VOET ad Pand. h. t. §. 12.

52) *L.* 6. *Cod. h. t.* Zu diesem Beweis kann sich der Kläger zwar auch der Eidesdelation bedienen. WERNHER Observat. select. for. T. I. P. I. Observat. 192. in Supplem. nov. nr. 2. pag. 204. REINHARD Select. Observat. ad *Christinaei* Decision. Vol. III. Obs. 3. und Schmidts öffentliche Rechtssprüche Nr. XCIV. §. 1. S. 628. Nur darf der Eid nicht in folle zugeschoben werden, sondern der Kläger muß solche factische Umstände anführen, woraus sich ein Dolus schließen läßt. S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum relatumque. *Goettingae* 1772. §. 12. und *de* CANNGIESSER Decisiones Hasso-Cassellan. T. II. Decis. CCXXXVII. nr. 5. pag. 315.

53) Nam nisi ex magna et evidenti calliditate, non debet de dolo actio dari, sagt Ulpian *L.* 7. §. 10. *D. h. t.*

doch wenigstens der actionis in factum bedienen, wenn sich aus den Umständen eine grobe Nachläßigkeit ergiebt, die einem Betruge nahe kommt. Einen solchen Fall hat Ulpian [54]). Es bot nämlich Jemand seine eigenthümliche Sache zum Verkauf aus, und fand auch einen annehmlichen Käufer dazu. Ein Dritter nahm hierauf die Sache als sein vermeintliches Eigenthum in Anspruch, und vertrieb dadurch den Käufer. Nachher ließ er den Proceß liegen. Da diese Kühnheit des Klägers, welcher vielleicht wohl geglaubt haben kann, daß sein Anspruch gegründet sey, noch nicht gleich einen Dolus vermuthen läßt [55]); so findet hier freylich actio doli nicht Statt. Allein der Eigenthümer kann doch wenigstens den Dritten mit der actione in factum auf Ersatz des durch Absprung des Käufers erlittenen Schadens belangen [56]).

54) *L.* 33. *D. h. t.*

55) Nec enim ullus dolus est eius, qui perperam credens rem esse suam, eam vindicat, wie POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. nr. III. sagt.

56) Man sehe hier Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 5. Bd. §. 1294. S. 172.

Lib. IV. Tit. IV.
De Minoribus XXV. annis.

§. 456.

Ursprung der Restitution der Minderjährigen. Wenn findet dieselbe Statt.

Die dritte in dem Edict des Prätors besonders bestimmte Ursach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist die Minderjährigkeit. Es hatte sich zwar schon vorher das Lätorische Gesetz der Minderjährigen angenommen, wenn sie durch Betrug eines andern waren in Schaden gebracht worden [57]). Allein der Prätor erweiterte diese Rechtswohlthat, und ertheilte sie allen Minderjährigen, wenn sie auch nicht durch Betrug, sondern blos durch Uebereilung, oder durch Mangel an Einsicht und Erfahrung verletzt worden sind. Er sagt daher ganz allgemein: *Quod cum minore, quam viginti quinque annis natu, gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam* [58]). Wenn also ein Minderjähriger in irgend einem Geschäft, was nicht schon an sich nach dem strengen Recht ungültig ist [59]), einen Schaden leidet, so kann er dagegen die

57) CICERO *de Officiis* Lib. III. cap. 15. und *de Natura Deor.* Lib. III. cap. 30. Man sehe *Io. Hier.* HETZER Diss. ad Legem Laetoriam. *Lipsiae* 1749. §. 11. (in *Dan.* FELLENBERGII *Iurisprud. Antiqua* Tom. II. pag. 615.)

58) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* DOMPIERRE h. t. §. 4.

59) *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* Et generaliter probandum est, *ubi contractus non valet*, pro certo Praetorem se non debere interponere.

die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen; wenn auch gleich der Vormund eingewilliget [60]), oder den Handel allein, ohne den Minderjährigen, geschlossen hätte [61]), oder auch der Handel gerichtlich wäre bestätiget worden [62]). Er braucht auch nicht erst seinen Vormund auszuklagen, wenn etwa dieser bei Schliessung des Geschäfts eine Unvorsichtigkeit zu Schulden gebracht haben sollte [63]). Denn auch das

60) *L.* 2. *C. Si tutor vel curat. interven. L.* 4. *C. Si advers. rem. iudicat.*

61) *L.* 47. *pr. D. h. t. L.* 3. *C. Si tutor vel. curat. interven.*

62). *L.* 11. *C. de praediis et aliis reb. minor.* LEYSER Medicat. ad Pand. Specim LX. med. 1.

63) *L.* 3. *Cod. Si tut. vel curat interven. L. fin. Cod. eodem.* Man sehe *Henr. Zach.* SPANNUTH Diss. de exceptione curatoris nondum excussi restitutionem in integrum a minoribus adultis petitam haud remorante, praes. *Alb. Phil.* FRICK def. *Helmstadii* 1796. und HOFACKER Princip. iur civ. R. G. T. II. §. 823. Eine Ausnahme macht zwar die *L.* 13. §. *ult. Cod. de. iudic.* in dem Falle, wenn der Vormund aus Nachlässigkeit das Triennium hat verstreichen lassen, binnen welchen nach der Verordnung des K. Justinians die Processe beendiget werden mußten. Hier soll sich der Minderjährige zuerst an seinen Vormund halten, und erst dann, wenn er von diesem nicht hat entschädiget werden können, soll er mit seinem Restitutionsgesuch gehört werden. Allein da jene römische Praescriptio triennii in Teutschland bey Processen nicht angenommen ist, hiervon auch auf alle andere Versäumnisse gerichtlicher Fatalien kein gültiger Schluß gemacht werden kann; so verstattet die heutige Praxis den Minderjährigen auch wegen versäumter Fatalien die Restitution, wenn sie sich gleich an ihren Vormündern des erlittenen Schadens wegen erholen könnten. S. L. B. a WERNHER Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 264. und Strubens rechtliche Bedenken 1 Th. Bed. 137.

das Daseyn eines andern Rechsmittels, wodurch der Minderjährige seine Entschädigung erhalten könnte, steht dem Wiederherstellungsgesuch nicht im Wege, wenn es ihm lieber ist, sich der Rechtswohlthat seines Alters zu bedienen [64]). Die Wahl kann ihm wenigstens nie präjudiciren wenn er nach fehlgeschlagenem ersten Rechtsmittel das andere ergreifen will [65]). Nur dann fällt die Restitution weg wenn das Geschäft des Minderjährigen schon an sich nichtig, und daher derselbe durch die Hülfe des Civilrechts hinlänglich

64) VOET in Comm. ad Pand. *h.* t. §. 53. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. *D*ig. h. t. §. 6. Die hierher gehörige *L.* 16. §. 2. *D. h. t.* ist schon oben (§. 436. S. 422.) erklärt worden. Dieser ist auch die *L.* 39. §. 1. *D. eod.* nicht entgegen. Denn es wird daselbst dem Minderjährigen die Restitution gegen den dritten bonae fidei emtorem nicht schlechterdings abgeschlagen, sondern nur gesagt, daß er demselben alle Kosten und Meliorationen ersetzen müsse, wenn er das verkaufte Grundstück wieder haben wolle. Unter diesen Umständen thät freylich der Minderjährige besser, wenn er gegen seinen Vormund klagte, insofern ihn nämlich dieser, wie freylich hier vorausgesetzt wird, entschädigen kann. S. SPANNUTH cit. Diss. §. 6.

65) *L. fin. Cod. Si tutor vel curat. interven.* Etiam tutoribus vel curatoribus distrahentibus vel alliis contrahentibus, minores tam restitui rebus propriis, (wenn ihnen nämlich daran liegt, die veräusserte Sache selbst wieder zu bekommen) quam tutorum vel curatorum damna sequi, (nämlich wenn ihnen blos um Entschädigung zu thun ist) *nullo eis praeiudicio per electionem generando*, placuit. Sie können also nach ihrem Gefallen sich des einen oder des andern Rechtsmittels bedienen, ohne daß durch die Wahl des einen der Gebrauch des andern unstatthaft wird. S. SPANNUTH cit. Diss. §. 5.

lich gedeckt ist [66]. Nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, sagt Ulpian [67], non debet ei tribui extraordinarium auxilium [68]. Auch nur in dieser Rücksicht ist es zu verstehen, wenn eben dieser Rechtsgelehrte will, es solle untersucht werden: num forte *alia actio* possit competere citra in integrum restitutionem. Denn diese *alia actio* ist keine andere, als diejenige, welche schon das Civilrecht dem Minderjährigen wegen der Nichtigkeit des Geschäfts giebt [69], z. B. die rei vindicatio, wenn ein Grundstück des Minderjährigen ohne Decret der Obrigkeit veräussert worden ist [70]; oder die condictio sine causa, wenn er ohne Einwilligung seines Vormunds ein Darlehn gegeben, u. d. Man erinnere sich hier, was in dem Titel de pactis (§. 288.) von der Fähigkeit der Un-

66) *L.* 3. *Cod. de in integr. restitut. minor. L.* 2. *Cod. de praediis et aliis reb. minor.*

67) *L.* 16. *pr. D. h. t.*

68) Ohne Zweifel nennt Ulpian die Restitution der Minderjährigen nur in der Hinsicht ein *auxilium extraordinarium*, weil hier der Prätor aus besonderer Vorsorge für die Minderjährigen von der sonst gewöhnlichen Gerichtsordnung abwich, und, ohne einen Judex Pedaneus zu bestellen, selbst de facto und iure zugleich cognoscirte, und den Ausspruch that. Daher sagt Paulus *L.* 24. §. *ult. D h. t.* Ex hoc Edicto nulla *propria actio* proficiscitur: dotum enim hoc pendet ex Praetoris cognitione.

69) S. SPANNUTH cit. Diss. §. 12. pag. 41.

70) Die *L.* 47. *D. de minor.* hält zwar eine solche Veräusserung nicht für ungültig; allein dieses Recht ist durch die *L.* 2. *Cod. de praed. et aliis reb. minor.* und *L.* 22. *Cod. de administr. tut.* aufgehoben. SPANNUTH cit. Diss. §. 5. pag. 19. not. 2.

Unmündigen und Minderjährigen sich verbindlich zu machen, und von der Rechtsbeständigkeit der von ihnen eingegangenen Geschäfte gesagt worden ist.

§. 457.

Welchen Minderjährigen steht diese Rechtswohlthat der Wiedereinsetzuug in den vorigen Stand zu? Wie ist die Minderjährigkeit, besonders im Schaltjahr, zu berechnen?

Minderjährige (minores) werden nun hier überhaupt diejenigen genennt, welche das fünf und zwanzigste Jahr ihres Alters noch nicht vollendet haben [71]. Zuweilen beschränken zwar die Gesetze den Termin der Minderjährigkeit auf ein noch kürzeres Ziel, und nennen z. B. denjenigen Minorenn, der noch nicht das zwanzigste Jahr seines Alters zurückgelegt hat; wie z. E. die **Lex Aelia Sentia** in Absicht auf die Fähigkeit, Sklaven zu manumittiren [72]. Allein diese Bestimmung kommt hier nicht in Betrachtung, da wir die Minderjährigkeit blos in Rücksicht der Restitutionswohlthat zu bestimmen haben. In dieser Hinsicht unterscheiden wir auch hier nicht zwischen Mündigen und Unmündigen, wenn gleich sonst in einer mehr eingeschränkten Bedeutung diejenigen *Minores* genennet werden, die zwar die Pubertät aber noch nicht die Volljährigkeit erreicht haben [73]. Die Zeit der Min-

71) DOMPIERRE Specim. de Restitution. in integrum. h. t. §. 1.

72) *L.* 5. *L.* 16. *Cod. de lib. causa.* §. 4. *I. Quib. ex caus. manumittere non licet.*

73) BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *Minor.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 3.

Minderjährigkeit wird übrigens, in Rücksicht der Restitution[74]), natürlich computirt. Man zählt sie nämlich von den Anfange des erstens Moments, da Jemand gebohren worden ist, und sie wird nicht eher für geendigt gehalten, als bis der letzte Tag des fünf und zwanzigsten Jahrs bis auf die letzte Minute völlig abgelaufen ist. Nach dieser Computation lehrt Ulpian [75]) ganz richtig, daß ein Minderjähriger noch nicht gleich für majorenn zu halten sey, wenn er seinen 26sten Geburtstag blos erlebt hat, so lange nämlich die Stunde und Minute, in welcher er gebohren worden, noch nicht erschienen ist. Gesetzt also er habe nur noch eine Viertelstunde vorher einen ihm nachtheiligen Contract geschlossen, so hat er sich der Restitution, wegen seiner damals noch dauernden Minderjährig-

74) Denn hier gereicht es dem Minderjährigen zum Vortheil, daß die Zeit *a momento ad momentum* computirt wird. Wenn es hingegen in einem gewissen Falle dem Minderjährigen vortheilhafter ist, daß die Civilzeitcomputation Statt habe, und entweder das ganze letzte Jahr der Minderjährigkeit, oder auch der letzte Tag desselben sogleich mit seinem Anfange auch schon für vollendet geachtet werde; so gilt eine solche Zeitcomputation auch bey der Minderjährigkeit. *L.* 8. *D. de muner. et honor. L.* 1. *D. de manumiss. L.* 134. *D. de Verb. Significat.* und DOMPIERRE h. t. §. 6. VOET ad Pand. h. t. §. 1.

75) *L.* 3. §. 3. *D. h. t.* Minorem autem viginti quinque annis natu, videndum, an etiam *diem natalis sui* adhuc dicimus, *ante horam, qua natus est:* ut, si captus sit, restituatur; et *cum nondum compleverit*, ita erit dicendum, ut *a momento in momentum* tempus spectetur. Statt *diem* ist hier mit Cujaz die zu lesen, wie auch *Io. Conr.* RÜCKER in Diss. de civili et naturali temporis computatione in iure Cap. IV. §. 2. annimmt.

rigkeit, ohne Zweifel zu erfreuen. Endiget sich die Minderjährigkeit in einem Schaltjahre, so wird der Minderjährige, welcher am 24sten Februar in einem gemeinen Jahre gebohren worden, erst am 25sten Februar, oder, wie Celsus [76]) sagt, die bissexti priore, majorenn [77]). Denn der Sextus Calendarum Martii in einem gemeinen Jahre, oder nach unserm Kalender der 24. Februar, bestand in einem Schaltjahre bey den Römern aus zwey natürlichen Tagen, von welchen, nach römischer Art zu rechnen, nach welcher die Calendae rückwärts gezählt wurden der dies posterior, oder nach unserm Kalender der 24ste Februar, der eigentliche Schalttag (*dies intercalaris s. additirius*), der dies prior aber, oder nach unserm Kalender der 25ste Februar, der Haupttag (*dies principalis*) war [78]). Diese beyden natürlichen Tage werden nun juristisch nur für einen Tag gezählt, und der VI. Calendarum Martii wird daher *Bissextum* oder *dies bissextus* ge-

76) *L.* 98. *D. de Verb. Significat.* Cum *bissextum* Calendis est, nihil refert, utrum *priore* an *posteriore* die quis natus sit, et deinceps *Sextum Calendas* eius natalis dies est: *nam id biduum pro uno die habetur; sed posterior dies intercalatur*, non *prior*. Ideo, quo anno intercalatum non est; sexto Calendas natus, cum *bissextum* Calendis est, *priorem diem natalem habet.*

77) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. hat daher ganz Recht, wenn er sagt: *Si in diem bissextum majorennitas incidat, minor non nisi lapso utroque die major fit; quasi aucto minorennitatis tempore per diem intercalarem.*

78) S. des Hrn. Kanzler Kochs Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren, Civilzeitcomputation und Schalttag. (Giessen 1796. 8.) §. 9.

genennt [79]). Celsus sagt also am angeführten Orte nach seiner römischen Kalenderrechnung ganz recht, daß ein Mensch, welcher **VI. Calendas Martii** oder am 24. Februar in einem gemeinen Jahre geboren worden, in einem Schaltjahre nicht diem bissexti *posteriorem*, oder den 24. Februar, welcher nämlich nach dem Römischen Kalender der eigentliche Schalttag ist, sondern diem bissexti *priorem* oder den 25. Februar, zum Geburtstage habe, und also nicht eher, als bis derselbe völlig, das ist, bis auf die letzte Minute der Geburtsstunde, abgelaufen ist, für großjährig zu halten sey. Ob nun gleich in unsern Kalendern der Schalttag bekanntermassen als ein besonderer Tag gezählet wird, und daher der Februar in einem Schaltjahr 29 Tage hat; so ist doch der rechtliche Grundsatz, den auch das kanonische Recht [80]) annimmt, in der Praxis beybehalten, daß nämlich der Schalttag, welcher nach unserm Kalender wohl ohne Zweifel der 29. Februar ist [81]), nicht besonders zu rechnen son-

79) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 269. c. S. 523.

80) *Cap.* 14. *X. de Verb. Significat.*

81) Hr. Kanzler Koch in den angeführten Belehrungen S. 57. ff. ist zwar geneigt zu glauben, daß noch heutiges Tages in einem Schaltjahre das bissextum, welches juristisch für einen Tag geachtet wird, auf den 24. und 25. Februar falle, und der 24. Febr. noch heut zu Tage für den eigentlichen Schalttag geachtet werden müsse. Allein Hr. Geh. Rath SCHNEIDT hat in seinem Programm. iurid. mathem. chronologico, quo suam sententiam, diem bissextilem in anno bissextili diei XXIX. Februarii seu pridie Calend. Martii affixam esse, defendit contra argumenta Clariss. KOCHII (*Wirceburgi* 1796. 8.) die Gründe des Herrn Kanzlers geprüft, und hinlänglich wider-

sondern mit dem 28. Februar im rechtlichen Sinne nur für einen Tag zu halten sey, insofern es nicht gerade auf eine bestimmte Zahl von Tagen ankommt. Er wird daher einem Minderjährigen, welcher am 28. Februar in einem gemeinen Jahre gebohren worden, in Ansehung der Restitution auch noch heutiges Tages dergestalt zu gute gerechnet, daß derselbe erst am 29. Februar für großjährig zu halten ist [82]). Dahingegen wird derjenige, welcher in einem Schaltjahre am 29sten Februar gebohren ist, wenn sein fünf und zwanzigstes Lebensjahr in ein gemeines Jahr fällt, nicht am 1sten März, sondern am 28sten Februar majorenn. Denn der 29. Februar in einem Schaltjahre ist und wird der 28. Februar in einem gemeinen Jahre, weil der Schalttag juristisch nicht besonders gerechnet, sondern mit dem vorhergehenden nur für einen Tag gehalten wird [83]).

Wer

derlegt. Die Paar Worte, die Hr. Kanzler Koch über dieses Program in der Bestättigung seiner Belehrungen (Giessen 1798. 8.) S. 32. f. hat abdrucken lassen, tragen zur Entscheidung nichts bey. Denn sie betreffen nicht die Hauptfrage, nämlich ob der 29. Februar der Schalttag bey den Teutschen sey? sondern gehen nur darauf, daß bey den Römern der 24. Febr. der eigentliche Schalttag gewesen sey; und sind übrigens von dem Hrn. Geh. R. Schneidt in seinem letzten Worte oder Schlußsatz (Würzburg 1798. 8.) sehr gut erwiedert worden.

82) VOET in Comment. ad Pand. Lib. XLIV. Tit. 3. §. 2. sagt: *Cui consequens est, ut si nunc natus quis sit hora sexta diei* 28. *Februarii, et annus eius vigesimus quintus incidat in annum mensemque bissextilem, pro maiorenne ad exclusionem restitutionis habendus non sit, nisi hora sexta diei* 29. *Februarii, qui intercalatus unum cum vigesimo octavo diem facit.*

83) Arg. *L.* 3. §. 3. *D. h. t.* wo es heißt: Proinde etsi *bissexto* natus est, sive *priore*, sive *posteriore* die, Celsus scripsit, nihil

Wer also am 29. Februar in einem Schaltjahre gebohren ist, dessen Geburtstag fällt in einem gemeinen Jahre auf den 28. Febr. weil man sonst die Ungereimtheit annehmen müßte, daß ein solcher Mensch in einem gemeinen Jahre keinen Geburtstag habe [84].

Ob übrigens der Minderjährige zu der Zeit, als das ihm nachtheilige Geschäft vorgieng, schon gebohren gewesen oder nicht, ist gleichviel, weil auch das noch ungebohrne Kind in solchen Fällen, wo es auf dessen Vortheil ankommt, für schon gebohren gehalten wird [85]. Es kommt auch darauf nicht an, ob der Minderjährige schon sui iuris, oder noch unter der väterlichen Gewalt ist; denn auch einem minderjährigen filiofamilias kommt die Restitutionswohlthat in solchen Fällen zu, wo er mit Wirkung aus einem geschlossenen Geschäft belangt werden kann, ohne sich mit einer Exception des Civilrechts, wie z. B. mit der exceptione Senatusconsulti Macedoniani, im Falle eines contrahirten Darlehns, schützen zu können [86].

Eben so wenig hat Stand und Religion des Minderjährigen auf die demselben zustehende Restitutionswohlthat eini-

Mm 2

nihil referre; *nam id biduum pro uno die habetur.* Celsus, auf den sich Ulpian beruft, setzt in der oben angeführten Stelle *L.* 98. *de V. S.* noch hinzu: et deinceps *Sextum Calendas* eius *natalis dies* est.

84) S. DOMPIERRE Specim. de Restitution. in integrum h. t. §. 7. und Kochs Belehrungen S. 54.

85) *L.* 45. *pr. D. h. t.* Etiam ei, qui *priusquam nasceretur*, usucaptum amisit, restituendam actionem, LABEO scribit.

86) *L.* 3. §. 4. *D. h. t.* DOMPIERRE h. t. §. 78—80.

einigen Einfluß [87]). Sie kommt ihm daher zu, er mag Christ oder Jude seyn [88]); denn insofern Juden den Schutz des Staats geniessen, sind sie auch der gemeinen Rechte theilhaftig, welche allen andern Unterthanen, ohne Rücksicht auf einen besondern Stand in der bürgerlichen Gesellschaft zustehen [89]).

§. 458.

Welchen Minderjährigen kommt die Wohlthat der Restitution nicht zu?

Der Grund, aus welchem der Prätor der Minderjährigen gegen die ihnen nachtheiligen Rechtsgeschäfte die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand giebt, ist unstreitig der, weil solche junge Leute aus Mangel an gesetzter Ueberlegung, und gehöriger Kenntniß und Erfahrung, leicht in Schaden gerathen können [90]). Wo also dieser gesetzliche Grund wegfällt, da kann auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht Statt finden. Die Restitutionswohlthat kommt daher

1) einem solchen Minderjährigen nicht zu, welcher als Meister einer gewissen Kunst oder eines gewis-

87) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5.

88) *Frid. Es. a* PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 195. und *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 950.

89) Rundens Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 641. folg.

90) *L.* 1. *pr. D. h. t.* Hier sagt Ulpian: Hoc Edictum Praetor, naturalem aequitatem sequutus, proposuit: quo tutelam minorum suscepit. Nam cum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatis consilium, et multis captionibus subpositum, multorumquae insidiis expositum: auxilium eis Praetor hoc Edicto pollicitus est, te adversus captiones opitulationem.

wissen Gewerbes gehandelt hat. Ein ausdrückliches Gesetz, wodurch dieser Satz bestimmt wäre, kann zwar nicht angeführt werden [91]). Daher die Rechtsgelehrten, die ihn übrigens für richtig halten, insgemein zu einem Gewohnheitsrechte ihre Zuflucht nehmen [92]). Allein wie mißlich es um diese Quelle aussieht, ergiebt sich schon daraus weil die angeführten Rechtsgelehrten sich selbst nicht getrauen, das Daseyn einer solchen Gewohnheit im Allgemeinen, sondern nur in Ansehung der minderjährigen Kaufleute zu behaupten [93]). Sie schliessen also, wie aus Leyser erhellet, erst von diesen ex indentitate rationis auf andere Minderjährige, die eine gewisse Kunst oder Handthierung öffentlich treiben. Man hat jedoch in der That nicht nöthig, zur Bestärkung einer Wahrheit, welche uns schon die Analogie des Rechts und eine vernünftige Auslegung der Gesetze lehrt, als mißliches Gewohnheitsrecht herbeizuruffen. Darf der Minderjährige eine gewisse Kunst oder Handthierung öffentlich treiben, so würde sich ja die Legislation widersprechen, wenn sie ihm auf der andern Seite in Ansehung eines solchen Gewerbes die erforderliche Einsicht und Kenntniß nicht zustehen wollte. Es fällt also bey einem solchen Minderjährigen, welcher als Meister einer gewissen Kunst gehandelt hat, der Grund des Ge-

91) Die *L. 6. Cod. de muner. patrimon. L. 1. C. de his, qui ven. aetat. impet.* und *L. 3. C. Si minor se maiorem.* warauf sich einige berufen, enthalten davon nichts.

92) STRACHA de mercatura P. III. nr. 26. MEVIUS ad ius Lubecense P. III. Tit. 6. Art. 21. nr. 26. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LX. med. 6. 7. et 8.

93) Man sehe auch MARQUARD de iure mercaturae Lib. I. cap. 9. nr. 14. sqq.

Gesetzes weg, zwar nicht darum, weil gerade dieser minor von der seinem Alter sonst eigenen Flüchtigkeit eine Ausnahme macht; denn es kann bey aller Geschicklichkeit in seiner Kunst dennoch der jugendliche Leichtsinn einen schädlichen Einfluß auf das unternommene Geschäft desselben gehabt haben, sondern weil sich hier das Geschäft des Minderjährigen, wie Herr Prof. Weber [94]) sehr gründlich gezeigt hat, auf ein bürgerliches Verhältniß bezieht, wobey eine ganz andere Regel eintritt, als diejenige, worauf die allgemeinen Gesetze von den Geschäften solcher Personen sich gründen. Dies ist der Grund, warum das Edict des Prätors von der Restitution der Minderjährigen, die aus Mangel an gesetzter Ueberlegung und gehöriger Kenntniß in Schaden gekommen sind, auf diejenigen Minderjährigen keine Anwendung finden kann, welche der Staat selbst für tüchtig erklärt hat, eine gewisse Kunst, oder Handthierung öffentlich zu treiben. Hieraus folgt nun, a) daß dieses nicht allein von Kaufleuten, sondern auch von allen übrigen Künsten und Gewerben gelten müsse, z. B. wenn ein Minderjähriger die juristische Doctorwürde erhalten hat; oder als Advocat und Procurator bey einem Gerichte angenommen worden ist [95]). b) Daß es nur von solchen Minderjährigen zu verstehen sey, welche öffentlich dazu authorisirt worden sind, eine gewisse Kunst oder Profession im Staate treiben zu dürfen [96]). c) Daß sie jedoch nur in dem Falle auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keinen Anspruch machen können, da sie in solchen Geschäften

94) In der systematischen Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 64. Not. 7. S. 239. ff.

95) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 822. nr. III.

96) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 50. et 51.

ten sich Schaden gethan haben, welche in ihre Kunst oder Gewerbe, das sie treiben, einschlagen; z. B. wenn der minderjährige Doctor iuris durch Unwissenheit der Rechte, oder der minderjährige Kaufmann in Handlungsgeschäften einen Nachtheil erlitten hätte. Denn in allen andern Geschäften welche hierauf keine Beziehung haben, bleiben ihnen die Rechte ihres Alters unbenommen [97]). Die Restitution fällt ferner

2) bey einem solchen Minderjährigen weg, welcher *veniam aetatis* erhalten hat, d. i., welcher sich von Landesherrn mittelst eines Privilegiums hat für majorenn erklären lassen. Ich habe von dieser venia aetatis schon an einem andern Orte [98]) ausführlicher gehandelt, und bemerke hier nur, daß ein solcher Minderjähriger, der dieselbe erhalten hat, zwar von dem Tage an, da das ausgewirkte Majorennitäts-Rescript gerichtlich intimirt worden ist, alle diejenigen Geschäfte ohne Curator gültig unternehmen könne, wozu vorher die Einwilligung desselben erforderlich war, ohne sich gegen solche Handlungen der Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedienen zu können [99]); in Absicht auf die Veräusserung unbeweglicher Güter hin-

97) VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 13. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 8. DOMPIERRE h. t. §. 9. et 10.

98) S. den 2. Theil dieses Commentars §. 130. S. 198. ff.

99) *L.* 1. *C. de his, qui ven. aetat. impetrar.* wo der Grund beygefügt wird: ne hi, qui cum eis contrahunt, Principali auctoritate circumscripti esse videantur. Es würde auch hier widersprechend seyn, die Restitution, welche Mangel an Einsicht und Erfahrung voraussetzt, einem solchen zu gestatten, und zur eigenen Verwaltung seines Vermögens für tüchtig erklärt hat. DOMPIERRE h. t. §. 93.

gegen nach wie vor die Qualität und Rechte der Minderjährigkeit in so weit behalte, daß selbige ohne besondere obrigkeitliche Erlaubniß nicht gültig vorgenommen werden kann [100]).

3) Wenn der Minderjährige das Geschäft nach erlangter Großjährigkeit genehmiget hat [1]), welches nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend dadurch geschehen kann, wenn derselbe nach erreichter Volljährigkeit eine Handlung unternimmt, die er, ohne das während der Minderjährigkeit geschlossene Geschäft als rechtsbeständig anzuerkennen, nicht unternehmen konnte; z. B. er bezahlt das noch rückständige Kaufgeld, oder er tradirt die verkaufte Sache, oder er nimmt das Kaufgeld an [2]). Gegen solche Handlungen kann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gefordert werden. Es muß nur nicht bey der unternommenen Handlung auch noch eine andere Absicht, als gerade die, das während der Minderjährigkeit geschlossene Geschäft zu genehmigen, gedacht werden können. Z. B. der Minderjährige hat unbedingt eine Erbschaft angetreten. Nachdem er die Großjährigkeit erreicht hatte, erhebt er einige Erbschaftsschulden. Bald darauf sucht er wider die während seiner Minderjährigkeit geschehene Erbschaftsantretung die Restitution. Hier darf er nach Ulpians [3]) Ent-

100) Kaiser Constantin hatte zwar dieses nur in Ansehung minderjähriger Frauenspersonen verordnet, welche veniam aetatis erhalten hatten, wie aus *L.* 2. §. 1. *fin. C. de his, qui ven. aet. impetr.* erhellet, allein Justinian erstreckte es auch auf Mannspersonen. *L.* 3. *C. h. t.*

1) *L.* 1. *et* 2. *C. Si major. fact. rat. hab.*

2) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 827. not. g.

3) *L.* 3. §. 2. *D. h. t.*

Entscheidung mit seinem Gesuch nicht abgewiesen werden; denn er kann ja die Erbschaftschulden bloß darum eincassirt haben, weil sie mißlich standen, und durch Verzug hätten verlohren gehen können, ohne daß er darum die Erbschaftsantretung gut heißen wollte [4]).

4) Wenn das nachtheilige Geschäft nicht von dem Minderjährigen selbst, sondern von desselben volljährigen Erblasser geschlossen worden ist. Hiergegen kann dem Minderjährigen, blos als Erben, keine Restitution zugestanden werden [5]). So wie nicht minder

5) demjenigen Minderjährigen die Restitution billig zu versagen ist, der sich durch Betrug oder Bosheit dieser Rechtswohlthat unwürdig gemacht hat. Dahin gehört,

a) wenn sich der Minderjährige betrüglicher Weise für großjährig ausgegeben hat. Es wird jedoch ausdrücklich vorausgesetzt, daß derjenige, mit welchem der Minderjährige das Geschäft geschlossen hat, in bona fide sey, und denselben aus einem verzeihlichen Irrthum für volljährig gehalten habe [6]). Denn hätte dieser den Minderjährigen selbst zu dem Betruge verleitet; so würde eine Compensation, und zwar zum Vortheil des Minderjährigen, Statt finden [7]). Eben so wenig würde aber auch alsdann die Restitution dem

4) DOMPIERRE h. t. §. 90.

5) *L.* 38. *D. h. t. L.* 2. *Cod. Si advers. vendit. pign.*

6) *L.* 32. *D. h. t.* L. 2. C. Si minor se majorem dixerit. VOET h. t. §. 43.

7) *L.* 3. *Cod. Si minor se major. dix.* FRANTZKIUS Comment. h. t. nr. 20. LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 31. WERNHER select. Observat. for. T. I. P. V. Obs. 119. anderer Meinung ist de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 20.

Minderjährigen abgesprochen werden können, wenn er blos aus Irrthum sich für majorenn gehalten, oder auf eine solche Art verletzt worden wäre, daß er auch, als großjährig, restituirt werden müßte.

b) Wenn der Minderjährige sich eines Verbrechens schuldig gemacht hat. *Placet*, sagt Ulpian [8]), *in delictis minoribus subveniri.* Er muß nur aber freylich in dem Alter seyn, daß er eines imputabeln Verbrechens fähig ist [9]); er muß also entweder mündig, oder wenigstens der Mündigkeit nahe seyn [10]). Ist dieses, so kann er sowohl dolos, als culpos handeln, und wird sich vergeblich auf die Wohlthat seines Alters berufen, wenn er wegen des durch das Verbrechen verursachten Schadens zum Ersatz belangt wird, gesetzt auch, daß er aus seiner unerlaubten That keinen Vortheil gezogen hätte [11]). Nur in Ansehung der verwirkten Strafe gestatten die Gesetze der Minderjährigen eine Milderung, wenn nämlich

α) von

8) *L.* 9. §. 2. *D. h. t.* Eben so *L.* 4. §. 26. *D. de doli mali et met. except.* und *L.* 36. *D. ad Leg. Iul. de adulter.*

9) *L.* 7. *C. de poenis.* §. 18. *I. de obligat. ex delicto. L.* 13. §. 1. *D. de dolo. L.* 111. *pr. D. de Reg. iur.* Man sehe Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 71. S. 298.

10) S. Grollmanns Bibliothek für die peinl. Rechtswissenschaft 1. Th. 1. Stück Nr. II. S. 35. ff. und meinen Commentar 2. Th. §. 130.

11) *L. cit.* 9. §. 2. *D. h. t.* wo Ulpian die Frage aufwirft: An minori delinquenti subveniatur, *si ex delicto nihil ad eum pervenit*? Er entscheidet den Fall so: nec hic subvenietur.

α) von geringen Vergehungen die Frage ist, und aus den Umständen der That kein besonderer Vorsatz, sondern mehr eine Culpa hervorleuchtet [12]).

β) Wenn der Minderjährige blos aus Unwissenheit des positiven Rechts gefehlt hat [13]); und

γ) wenn sonst ein in dem jugendlichen Alter sich gründender besonderer Umstand hinzukommt, der einen geringern Dolus vermuthen läßt; in welchem Falle den Minderjährigen auch sogar bey schweren peinlichen Verbrechen eine Milderung zu statten kommt [14]). Tryphoninus [15]) sagt: In delictis autem minor annis viginti quinque non meretur in integrum restitutionem, utique atrocioribus, nisi quatenus interdum *miseratio aetatis* ad mediocrem poenam iudicem produxerit. Diese miseratio aetatis soll hier einen solchen Milderungsgrund ausdrücken, welcher aus der gewöhnlichen Beschaffenheit des jugendlichen Alters, nämlich dem Leichtsinn, und der Unwissenheit, oder den heftigen Trieben und Leidenschaften, seine Unterstützung erhält. Zuletzt ist noch

6) zu bemerken, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch dann keine Statt findet, wenn sich der Minderjährige zur Festhaltung eines geschlossenen Handels mit-

12) *L.* 1. *C. Si advers. delictum.*

13) *L.* 38. §. 7. *D. ad L. Iul. de adult. L.* 4. *C. de incest. et inutil. nupt.*

14) S. Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. 1. Th. §. 83. u. §. 88.

15) *L.* 37. §. 1. *D. h. t.*

mittelst Eides verbindlich gemacht hat [16]). Denn das Gesuch der Restitution würde hier Eidesbrüchigkeit verrathen, und der Minderjährige schon deswegen der Wohlthat seines Alters unwürdig seyn [17]). Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Minderjährige die Jahre der Pubertät bereits erreicht haben müsse [18]). Der Eid eines Unmündigen hat an sich nicht mehr Kraft, als das Geschäft selbst, zu welchem er hinzugekommen ist. Denn bey Unmündigen mangelt es an einer der nothwendigsten Eigenschaften eines verbindlichen Eides, nämlich an Einsicht, und hinlänglicher Erkenntniß [19]). Eben dies gilt auch von pubertati

proxi-

16) S. Quistorp von eidlich geschehenen Versprechen und Verzichtleistungen der Minderjährigen, in Desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien (Rostock und Leipzig 1787. 8.) Nr. XXIV. pag. 370. ff.

17) Kr. Alexander sagt in der *L.* 1. *C. Si advers. vendit.* Si minor annis viginti quinque emtori praedii cavisti, nullam de caetero te esse controversiam facturum, *idque etiam iureiurando corporaliter praestito servare confirmasti*, neque *perfidiae* nequae *periurii me auctorem tibi futurum* sperare depuisti.

18) *Auth.* Sacramenta puberum. *Cod. Si adversus venditionem.* Nach dem kanonischen Rechte wird ein Alter von 14 Jahren für hinreichend gehalten. c. 15. *Caus. XXII. qu.* 5. und in dem *cap.* 3. *de iudiciis in 6to.* wird die allgemeine Regel gegeben, daß *in causis spiritualibus* die Großjährigkeit nach zurückgelegtem 14 Jahre eintrete. S. *Christ.* HANEWINCKEL. Diss. de iurisiurandi in contractibus puberum confirmandis efficacia. *Goett.* 1765. Cap. II. §. 7.

19) *L.* 26. *D. de iureiur.* Pupillus non videtur peierare, quia sciens fallere non videtur.

proximis [20]). Denn wenn gleich solche Unmündige eines bösen Vorsatzes fähig gehalten werden, und delinquiren können; so hat doch dies auf die Verbindlichkeit des Eides bey den Verträgen und erlaubten Geschäften solcher Personen keinen Einfluß, wie Voet [21]) hinlänglich gezeigt hat. Nach dem Römischen Rechte wird ferner, wenn dem Minderjährigen wegen der Eidlichen Bestärkung seines gethanen Versprechens keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeihen soll, vorausgesetzt, daß das Geschäft, zu welchem der Eid hinzugekommen, an sich gültig sey. So verstehen wenigstens die meisten Ausleger die angeführte Verordnung des Krs. Alexander [22]); weil es nach dem Röm. Recht ausser Zweifel ist, daß der Versprechungseid solchen Geschäften, welche die bürgerlichen Gesetze für ungültig erklären, keine Rechtsbeständigkeit verschaffen könne [23]). Allein da nach dem kanonischen Rechte ein jedes eidlich bestättigtes Versprechen, mit dessen Erfüllung nicht der Verlust der ewigen Seeligkeit unzertrennlich verbunden ist, genau und pünklich erfüllet werden muß [24]), insofern nämlich der Eid mit

20) *Ge. Henr.* AYRER Progr. de impuberibus etiam pubertati proximis ad nullum iusiurandum admittendis. adj. Diss. cit. *Hanewinckel.*

21) Comment. ad Pand. h. t. §. 46. Anderer Meinung ist jedoch PERETZ Praelect. ad Tit. Cod. Si adv. vendit. nr. 5.

22) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 47. *Ed.* CALDERA de Erroribus Pragmaticor. Lib. II. cap. 4. nr. 3. (in *Thes. Meermann.* T. III. pag. 567.) VINNIUS Select. iur. Quaestion. Lib. I. cap. 15. MALBLANC Doctr. de iureiurando §. 82. not. 440.

23) *L.* 7. §. 16. *D. de pactis.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 341. S. 549. f.

24) *Cap.* 2. *et* 28. *X. de iureiur. Cap.* 2. *de pactis in* 6*to.*

mit genugsamer Ueberlegung abgeleistet worden, einem Dritten unnachtheilig ist, und sich so wenig auf Furcht und Zwang, als auf Betrug des andern Theils gründet [25]); so hat K. Friedrich I. in Gemäßheit dieser Grundsätze verordnet, daß ein Minderjähriger, der sich zur Festhaltung eines Geschäfts mittelst Eides freywillig verbindlich gemacht hat, mit seinen Einwendungen dagegen nicht gehört werden soll, es mag das Geschäft, worauf sich das eidliche Versprechen beziehet, nach dem bürgerlichen Recht gültig und verbindlich seyn, oder nicht [26]). Vermöge dieser Verordnung hat es daher keinen Zweifel, daß ein solcher Contract, welcher von dem Minderjährigen mittelst Eides bestärkt worden ist, eben so wenig aus dem Grunde angefochten werden dürfe, daß das Geschäft wegen Mangels an vormundschaftlicher Einwilligung oder obrigkeitlicher Bestättigung an sich nichtig sey, als daß wegen einer etwa erweislichen Läsion eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen gesucht werden könnte; wenn nur übrigens dem Gegentheil kein Betrug zur Last fällt, der Minderjährige auch weder durch Furcht oder Zwang, noch durch andere widerrechtliche Mittel zur Leistung seines Versprechens gebracht worden, sondern alles von demselben aus freyen Willen geschehen ist [27]).

Es

25) *Cap.* 8. 17. *et* 25. *X. de iureiur.*

26) *Avth.* Sacramenta Puberum *Cod. Si advers. vendit.* wo es heißt: Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inviolabiliter custodiantur. Per vim autem vel per iustum metum extorta etiam a majoribus nullius esse momenti iubemus.

27) Daß hiermit auch der teutsche Gerichtsgebrauch übereinstimme, bezeugen L. B. *a* WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 217. und Tom. III. P. I. Obs. 26. *a* PUF-

FEN-

Es wollen zwar verschiedene Rechtsgelehrten auch die Verordnung des Kaisers Friedrich blos von solchen Geschäften verstehen, die von dem Minderjährigen mit Zuziehung seines Curators, und, wo es die Gesetze erfordern, auch mittelst Dekrets der Obrigkeit geschlossen worden, und also an sich nach den bürgerlichen Gesetzen gültig sind; sie glauben, daß wegen der hinzugekommenen eidlichen Bestätigung nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die sonst nach bewiesener Läsion Statt gefunden haben würde, nun nicht weiter zur Anwendung kommen könne, und diese Meinung suchen sie mit den Worten: *super contractibus rerum suarum non retractandis* zu rechtfertigen [28]). Allein diese Meinung widerlegt sich von selbst wenn man erwägt, daß Kr. Friedrich durch die mehrgedachte Avthenticam einen gelehrten Streit zwischen den beyden berühmten Glossatoren, dem Bulgarus und Martinus, entschieden habe, welcher gerade die Frage betraf, ob ein an sich ungültiges Geschäft des Minderjährigen, z. B. wenn die Veräusserung eines demselben gehörigen Grundstücks ohne Dekret der Obrigkeit geschehen, durch den hinzugekommenen Eid unwiderruflich

FENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 148. *I. H.* BOEHMER in Iure Eccles. Protestant. T. I. Lib. II. T. 24. §. 28. sq. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 34. MALBLANC Doctr. de Iureiurando §. 118. Not. 171. und Hymmens Beyträge zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten 7. Samml. S. 70. f.

28) VOET ad Pand. h. t. §. 47. *Ant.* FABER de Errorib. Pragm. Dec. XXXIX. Err. 2. sq. et Dec. XLI. Err. 4. sqq. HUNNIUS Resolut. ad *Treutler*. Vol. I. Disp. 11. th. 9. Qu. 98. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXI. c. 13.

lich gültig werde [29])? und daß ferner der Ausdruck *retractare contractum* nichts anders bedeute, als von einem geschlossenen Contract wieder abgehen, ohne Unterschied, er sey nach dem Civilrecht gültig oder ungültig [30]). Ob übrigens das eidliche Versprechen des Minderjährigen, wenn es die gedachte Rechtsbeständigkeit haben soll, mittelst eines körperlichen Eides geschehen müsse, oder ob es nicht eben so kräftig sey, wenn der Eid auch nur schriftlich geleistet, und die denselben enthaltende Urkunde von dem Minderjährigen unterschrieben worden, ist eine sehr streitige Rechtsfrage. In der Authentica des Krs Friedrich I. wird nichts davon erwähnt. Nun redet zwar die angeführte Verordnung des Krs Alexander von einem *iureiurando corporaliter praestita;* allein es scheinen diese Worte eines Theils interpolirt zu seyn [31]), in den Basiliken kommt wenigstens der Beysatz *corporaliter* nicht vor; andern Theils aber wird in der gedachten Verordnung auch nur enunciative, nicht aber dispositive von einem körperlichen Eide geredet [32]). Es wird daher nach der gemeinen Lehre der bewährtesten Rechtsgelehrten zur Bestärkung eines eidlichen Versprechens, in sofern nicht besondere Landesgesetze einen körperlichen Eid erfordern, ein schriftlicher Eid für eben so kräftig und verbindlich gehalten

29) PANCIROLLUS de claris Leg. Interpretibus Lib. II. cap. 14. p. 126. Man vergleiche auch hier die Stelle, die ich in dem Titel de pactis §. 341. Not. 57. S. 554. aus den Glossen des Odofredus angeführt habe.

30) WERNHER T. I. P. I. Obs. 217. nr. 6. sqq. und BACHOVIUS ad *Treutlerum* T. I. Disp. XI. Th. 8. lit. C.

31) MALBLANC de iureiurando §. 82. Not. 440. pag. 333.

32) S. Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decisiones P. I. Consil. XXXVIII. nr. 21. pag. 444.

ten [33]). Indessen stehen dieser Meinung doch wichtige Zweifel entgegen, wenn man bedenkt, daß auch in andern Fällen die Gesetze bey Minderjährigen in Absicht auf die Zulässigkeit des Restitutionsgesuchs einen Unterschied machen, ob die von einer solchen Person geschehene Betheurung mittelst eines leiblichen oder mittelst eines schriftlich geleisteten Eides geschehen ist [34]); und es läßt sich auch nicht läugnen, daß dieser Unterschied einen ganz vernünftigen Grund habe, weil sich ein Minderjähriger immer eher zur Unterschrift eines mit der Eidesclausel versehenen Instruments, als zur wirklichen Ableistung eines körperlichen Eides verstehen wird. Daher aus diesen Gründen auch Wernher [35]) die entgegengesetzte Meinung wieder angenommen hat.

§. 459.

Die Restitution der Minderjährigen kommt zuweilen auch einem Dritten zu statten.

Die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt nun nicht nur den Minderjährigen selbst, sondern auch denen zu, welche in derselben Rechte eintreten

33) DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXI. c. 13. FRANTZKIUS Lib. II. Resol. I. nr. 42. sqq. WERNHER Observat. for. T. I. P. III. Obs. 80. BERGER Oeconom. juris Lib. III. T. 15. Th. 15. Not. 8. nr. 3. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. II. Obs. 274. nr. 8. pag. 84. *Fratr.* BECMANNORUM Consilia cit. loc. pag. 445.

34) *L. 3. Cod. Si minor se maior. dixerit.*

35) Select. Observat. for. Tom. III. P. I. Obs. 26. nr. 15. sqq. Man sehe auch *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 1. et Avth. Sacram. pub. Cod. Si adv. vend. STRYK Cautel. iuramentor. P. 2. Sect. I. c. 3. nr. 36. und Quistorps angeführte Abhandlung.

ten [36]). Daher kann der Erbe eines Minderjährigen, als solcher die Restitution in allen den Fällen verlangen, in welchem die Gesetze dem Erblasser diese Rechtswohlthat vergönnen, wenn gleich der Erbe für seine Person großjährig ist [37]). Aber auch der successor singularis, der z. B. von dem Minderjährigen eine Sache gekauft, oder sie von ihm zum Geschenk erhalten, oder dem er sie vermacht hat, kann insofern Namens des Minderjährigen die Restitution suchen, als dieser in Ansehung der Sache verletzt war, und er sie selbst hätte suchen können [38]). Ja es wird in diesem Falle nicht einmal eine besondere Cession für nöthig gehalten, quia beneficium restitutionis in integrum

36) *L.* 6. *D. de restitut. in integr.* Man sehe auch, was davon oben §. 443. vorgekommen ist.

37) *L.* 18. §. 5. *D. h. t.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 38. Offenbar geht jedoch COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 8. zu weit, wenn er ohne Unterschied behauptet, daß dem Erben des Minderjährigen die Restitution auch dann zu statten komme, wenn gleich der Erblasser sich dieser Rechtswohlthat begeben hätte. Denn wenn gleich an sich nicht zu läugnen ist, daß dem Minderjährigen auch gegen eine aus Uebereilung geschehene Entsagung seiner Rechtswohlthaten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht würde haben versagt werden können; so sieht doch wohl ein jeder ein, daß der Erbe die Restitution wenigstens alsdann vergeblich suchen würde, wenn der minderjährige in seinem letztern Willen dem Erben, selbige zu suchen, ausdrücklich untersagt haben sollte, wie auch Herr Prof. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. b. sehr richtig erinnert hat

38) *Sfort.* ODDUS in Tract. de restitut. in integrum P. I. Qu. 50. Art. 3. VOET ad h. t. Pand. §. 40. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom II. §. 828.

tegrum cum ipsa re, in qua laesio facta est, successori quoque cessum praesumitur [39]).

Ob auch dem Bürgen des Minderjährigen die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten komme? ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Einige [40]) behaupten, sie müsse in der Regel bejahet, andere [41]), sie müsse verneinet werden. Vergleichen wir freylich die Gesetze des Römischen Rechts, so entscheiden sie diese Frage nicht auf gleiche Art. Denn ebenderselbe Ulpian, welcher es unbillig findet, den Bürgen des Minderjährigen an der Restitutionswohlthat Antheil nehmen zu lassen, wenn derselbe blos in Rücksicht auf das minderjährige Alter des Schuldners, und weil ihm der Gläubiger deshalb nicht trauen wollte, gut gesagt hat [42]); gesteht doch auch selbst

 zu,

39) SCHMIDT Diss. de restitutione in integrum num sit beneficium reale an personale §. 7. et 8. und *Io. Pet. Car.* BLAUEL. Diss. de restitutione in integrum minorum ex causa individua maioribus proficua. *Goetting*. 1779. Cap. I. §. 6.

40) *Em.* MERILIUS Observat. Lib. IV. cap. 10. Dessen Meinung hat jedoch SCHMID cit. Diss. §. 15. hinlänglich widerlegt.

41) *Iul.* PACIUS *Ε'ναντιοφάνων* seu Legum conciliatar. Centur. II. Qu. 98. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. II. cap. 7. nr. 10. sqq. cap. 8. et 9. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXI. c. 14. DOMPIERRE Specim. de Restitutionibus in integr. h. t. §. 82. et 83. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. Die Gründe dieser Meinung hat *Lud. Iul. Frid.* HOEPFNER in Diss. de effectu restitutionis in integrum quoad fideiussorem. *Giessae* 1771. §. 24 et 25. sorgfältig geprüft, und gründlich wiederlegt.

42) *L.* 13. *D. h. t.* In causae cognitione versabitur, utrum soli ei succurrendum sit, an entiam his, qui pro eo obligati sunt; ut puta

zu, daß zuweilen dem Bürgen des Minderjährigen die Restitutionswohlthat allerdings zu statten komme[43]); ja er führt selbst *lib.* 60. *ad Edictum*[44]) einen solchen Fall an, nämlich wenn ein Minderjähriger als Defensor vor Gericht gehandelt, und in dieser Qualität Caution wegen Erfüllung des rechtskräftigen Erkenntnisses durch Bürgen geleistet, nachher aber dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten hat. Hier sagt Ulpian ganz ausdrücklich: et ipsi et *fideiussoribus eius* per in integrum restitutionem succurritur. Paulus[45]) hingegen unterscheidet, ob der Minderjährige bey dem geschlossenen Handel betrogen worden (circumscriptus), und aus diesem Grunde dagegen die Restitution erhalten hat; oder ob er sich blos übereilt hat, (deceptus in re) und daher in Rücksicht seines Alters in den vorigen Stand gesetzt worden ist; und behauptet, daß dem Bürgen zwar in dem ersten Falle die exceptio doli zustehe, in dem letzten Falle hingegen die Restitution des Minderjährigen ihm nicht zu gute komme[46]).

Gera=

puta *fideiussoribus.* Itaque si cum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo; non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri; sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. In summa perpendendum erit Praetori, cui potius subveniat, utrum creditori, an fideiussori: nam minor captus neutri tenebitur. Facilius in mandatore dicendum erit, non debere ei suvenire: hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur.

43) *L.* 3. §. 4. *D. h. t.* wo es heißt: solet interdum auxilium Praetoris fideiussori minoris prodesse.

44) *L.* 51. *D. de Procurator.*

45) *L.* 7. §. 1. *D. de Except.*

46) Paulus sagt: Quodsi *deceptus* sit in re (sc. minor), tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, *nec fideiussori danda est exceptio.*

Gerade so rescribiren auch die Kaiser Diocletian und Maximian [47]). Si ea, so lauten die Worte des Rescripts, quae tibi vendidit possessiones interposito decreto Praesidis, *aetatis tantummodo auxilio iuvatur*, non est dubium, *fideiussorem ex persona sua obnoxium esse contractui.* Verum si *dolo malo* apparuerit contractum interpositum esse: manifesti iuris est, *utriquae personae*, *tam venditricis*, *quam fideiussoris*, *consulendum esse*, Um nun diese Gesetzstellen mit einander zu vereinigen, so kommt es, nach der Meinung der meisten Rechtsgelehrten [48]), darauf an, ob der Bürge für den Minderjährigen blos in Rücksicht auf das Alter desselben und zu dem Ende gut gesagt hat, damit der Gläubiger auf den Fall gesichert sey, da sich der Minderjährige etwa der Rechte seines Alters bedienen würde; oder ob derselbe die Bürgschaft für den Minderjährigen, nicht als solchen, sondern so wie für einen jeden andern Schuldner, übernommen hat, ohne daß dabey von dem Alter desselben, und der ihm deshalb zustehenden Rechtswohlthat, die Frage war. In dem ersten Falle wird man es mit Ulpian sehr billig finden, daß sodann der Bürge haften müsse, wenn der Minderjährige die Wieder-

 ein-

47) *L.* 2. *Cod. de fideiussor. minor.*

48) *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. I. cap. 8. nr. 9. sqq. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 45.) *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. VIII. cap. 3. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 39. *Ant.* SCHULTING in jurisprud. Anteiustin. ad PAULI *Sentent. recept.* Lib. I. Tit. 9. §. 6. not. 18. pag. 239. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. *Alb.* WIELING Lection. iur. civ. Lib. II. cap. 12. p. 159. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. L. II. cap. 12. pag. 250. HOEPFNER cit. Diss. §. 7. sqq. SCHMID cit. Diss. §. 14. sqq. u. a. m.

einsetzung in den vorigen Stand erhalten hat, ohne daß ihm diese zu statten kommen kann. Denn da der Bürge die persönliche Eigenschaft des Schuldners kannte, da er wußte, daß er blos in Rücksicht derselben zum Bürgen angenommen worden sey, so kann ihm folglich kein Regreß gegen den Schuldner zustehen, wenn er für ihn hat bezahlen müssen. Die Absicht der Gesetze, welche den Minderjährigen gegen allen Nachtheil gedeckt wissen wollen, kann daher unter diesen Umständen auf keine Art vereitelt werden. So wie nun aber der Regreß des Bürgen wider den minderjährigen Schuldner wegfällt, so kann auch dem erstern wider den Gläubiger keine Restitution zu statten kommen, weil er sich dieser Rechtswohlthat schon zur Zeit der übernommenen Bürgschaft dadurch ipso facto begeben hat, daß er wissentlich für einen Schuldner gut sagte, den der Gläubiger seines minderjährigen Alters wegen nicht trauen wollte. Der Bürge kann also hier schon darum auf Restitution keinen Anspruch machen, weil man ja unter diesen Umständen nicht sagen kann, daß er ohne seine Schuld verletzt sey. Es ist vielmehr billig anzunehmen, daß ein Bürge, welcher wissentlich für einen Schuldner gut gesagt hat, mit dem der Gläubiger sich in keinen Handel einlassen wollte, nur seine Person hauptsächlich habe verbindlich machen wollen, und daß er also die Bürgschaft animo donandi übernommen habe [49]. Aus diesem Grunde sagt daher Ulpian an einem andern Orte der Pandecten [50]; Si quis pro pupillo sine tutoris

49) S. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 113. S. 527. ff.

50) *L.* 25. *D. de fideiuss.* Diese Stelle ist, wie die oben angeführte *L.* 13. *D. h. t.* aus eben desselben Ulpians *libro XI.*

ris auctoritate obligato, prodigove vel furioso fidelusserit, magis est, *ut ei non subveniatur*, da doch sonst nach bekannten Verordnungen des Römischen Rechts die Ungültigkeit der Hauptschuld auch dem Bürgen zu statten kommen soll [51]). Von diesem ersten Falle müssen nun auch Paulus, und die Kaiser Diocletian und Maximian verstanden werden, insofern sie in den oben angeführten Stellen dem Bürgen des Minderjährigen die Restitutionswohlthat absprechen. Jedoch haben beyde auch die sehr billige Ausnahme gemacht, wenn der Minderjährige um einer solchen Läsion willen restituirt worden ist, woran nicht sowohl die Flüchtigkeit seines jugendlichen Alters Schuld war, sondern die er durch den Betrug des Gläubigers erlitten hatte. Denn da Niemanden sein Dolus zum Vortheil gereichen darf, so hat sich auch der Gläubiger hierdurch des Regresses gegen den Bürgen unwürdig gemacht. In dem letztern Falle hingegen, da nämlich der Bürge ohne Rücksicht auf das minderjährige Alter des Schuldners gut gesagt hat, kommt demselben die Restitution des Minderjährigen eben so gut zu statten, wie jedem andern Bürgen die Exception des Hauptschuldners, weil sonst der Bürge seinen Regreß gegen den Minderjährigen nehmen könnte, und diesem folglich die erhaltene Restitution nichts helfen würde. Denn nur in jenem ersten Falle wird dem Bürgen das Recht der Schadloshaltung

Nn 4 gegen

XI. ad Edictum genommen worden, und beyde haben wahrscheinlich zusammen gehört, und sind daher auch mit einander zu verbinden, wie schon PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 19. pag. 136. gezeigt hat.

51) *L. 6. D. de Verbor. Obligat. L. 16. D. de fideiussor. L. 32. D. eodem. L. 19. D. de Except.*

gegen den Schuldner abgesprochen, weil sich der Minderjährige eben sowohl wider ihn, als gegen den Gläubiger, seiner Rechtswohlthat bedienen kann [52]). Man setze daher, ein Minderjähriger habe eine Erbschaft angetreten, und als Erbe, den Erbschaftsgläubigern durch Bürgen Caution geleistet. Wenn hier der Minderjährige nachher gegen die geschehene Antretung der Erbschaft die Restitution erhält; so werden dadurch ohne Zweifel auch die Bürgen von ihrer Verbindlichkeit befreyet, weil sie die Bürgschaft für den Minderjährigen blos als Erben, und ohne Rücksicht auf das Alter desselben, übernommen haben [53]).

Hier entsteht nun aber die Frage, was im Zweifel zu vermuthen sey, wenn darüber gestritten wird, ob die Bürgschaft für den Minderjährigen, in Rücksicht auf die Rechtswohlthat seines Alters, oder ohne diese Rücksicht geschlossen worden sey? Auch dieses ist unter den Rechtsgelehrten nicht ausser Streit. Es ist indessen leicht einzusehen, daß

52) Ulpian sagt *L.* 13. *pr. D. h. t.* Unde tractari potest: minor in integrum restitutionem, utrum adversus creditorem, an et adversus fideiussorem implorare debeat? et puto totius, *adversus utrumque.* Causa enim cognita, et praesentibus adversariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendae sunt; und in der *L.* 1. *C. de fideiuss. minor.* heißt es: Postquam in integrum aetatis beneficio restitutus es, periculum evictionis emtore praestare non cogeris. Sed ea res fideiussores, qui pro te intervenerunt, excusare non potest. Quare *mandati iudicio*, si pecuniam solverint aut condemnati fuerint, convenieris; *modo si eo quoque nomine restitutionis auxilio non iuvaberis.*

53) *L.* 89. *D. de acquir. vel amitt. hered.*

daß weder mit Anton Faber [54]) das letztere, noch mit Donell [55]), und Vinnius [56]) das erstere ohne Unterschied angenommen werden könne, sondern alles kommt vielmehr darauf an, ob das minderjährige Alter des Schuldners den Partheyen bekannt gewesen, oder nicht. In dem letztern Falle läßt sich nicht vermuthen, daß die Intercession in Absicht auf die Rechtswohlthat des Schuldners geschehen sey [57]). Denn hat der Gläubiger nicht gewußt, daß sein Schuldner noch minderjährig sey, so kann er die Absicht nicht gehabt haben, den Bürgen auf den Fall anzunehmen, wenn der Hauptschuldner die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten würde; und hat der Bürge von der Minderjährigkeit des Schuldners keine Wissenschaft gehabt; so läßt sich auch nicht annehmen, daß er in dieser Rücksicht fidejubirt habe. Es kommt daher auch meiner Einsicht nach nichts darauf an, ob der Bürge bey näherer Erkundigung von der Minderjährigkeit des Hauptschuldners hätte Wissenschaft erhalten können, oder nicht, denn war dem Gläubiger dieser Umstand allein bekannt, so lag es blos an ihm, sich über seine Absicht näher zu erklären, weil man sonst von jedem Bürgen vermuthen muß, daß er aus seiner Intercession nur eben so verbunden seyn

 wolle,

54) Conjectur. iur. civ. Lib. VIII. cap. 3. und in Cod. Definit. for. Lib. I. Tit. 13. Def. 1.

55) Commentar. iur. civ. Lib. XXI. cap. 14.

56) Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 11.

57) Man vergleiche hier vorzüglich HOEPFNER cit. Diss. §. 9. Schol. II. pag. 13. SCHMID cit. Diss. §. 24. und Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 113. Not. 6. S. 530.

wolle, als der Hauptschuldner verbunden ist [58]). In dem ersten Falle hingegen tritt die Vermuthung gegen den Bürgen ein, insofern nicht aus den Umständen des geschlossenen

58) SCHMID cit. Diss. §. 25. ist zwar anderer Meinung; er glaubt, wenn der Bürge das minderjährige Alter des Schuldners hätte wissen können, so müsse er haften, und könne sich mit der Unwissenheit nicht entschuldigen. Eben dies scheint auch die Meinung des *Ger.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 119. zu seyn. Allein die *L.* 9. §. 2. *D. de iuris et facti ignor.* redet nur von einer summa negligentia. Quid enim, sagt Paulus, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Nur unter dieser Einschränkung soll ignorantia facti schaden. Es würde also doch immer ein solcher Fall gedacht werden müssen, wo der Gläubiger sowohl, als der Minderjährige, es als notorisch voraussetzen konnten, daß auch der Bürge das wissen werde, was Jedermann bekannt war. Wenn nun gleich die von SCHMIDT angeführte *L.* 19. *pr. D. de Reg. iur.* sagt, man solle sich, wenn man mit Jemand ein Geschäft schliessen will, vorläufig darum bekümmern, was das für ein Mann sey, mit dem man sich einlassen will; so kann doch dies auf unsern Fall darum nicht angewendet werden, weil es hier der Bürge mit dem Gläubiger zu thun hat. Mit mehrerem Grunde kann sich der Bürge auf den Ausspruch des Neratius berufen, welcher *L.* 5. §. 1. *D. Pro suo* sagt: in alieni facti ignorantia tolerabilis error est; wenn man zumal damit die *L.* 2. §. 15. *D. pro emtore* vergleicht, und erwägt, daß man es einem Menschen nicht immer gleich ansehen kann, ob er noch minderjährig ist. S. *L.* 48. §. 1. *D. de Fideiussor.* CUJACIUS ad PAULI *Recept. Sent.* Lib. I. Tit. 9. not. 17. (in SCHULDING *iurispr. Antejust.* pag. 239.) WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disp. XIV. §. 16. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora Exercitat. VI. §. 8. und *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 24. nr. IV.

senen Geschäfts das Gegentheil erhellet, obgleich der Umstand allein, daß der Minderjährige verschwenderisch ist, oder auch kein genugsames Vermögen besitzt, mir noch nicht hinreichend zu seyn scheint, um mit Höpfner zu behaupten, daß die Bürgschaft nicht sowohl wegen des Alters, als vielmehr auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners geschehen sey. Denn von den Gläubiger ist hier immer zu vermuthen, daß er propter incertum aetatis ac restitutionis, wie Papinian [59]) sagt, mehr auf den Bürgen, als auf den Minderjährigen gesehen habe, und der Bürge mag es sich selbst zuschreiben, daß er wissentlich für einen Minderjährigen gut gesagt hat [60]).

Wie wenn der Bürge Erbe des Minderjährigen wird, kommt ihm hier nicht wenigstens, als Erben, die Restitutionswohlthat wegen des Alters seines Erblassers zu? Vinnius [61]) findet kein Bedenken, dieses zu behaupten. Denn daß dem Erben des Minderjährigen die Rechtswohlthat seines Erblassers zusteht, ist bekannt; eben so gewiß ist es, daß eine Confusion eintritt, wenn der Bürge des Schuldners Erbe wird [62]). Hierdurch muß also die persönliche Verbindlichkeit des Bürgen, als Bürgen, aufhören. Denn er wird nun der Hauptschuldner selbst, und kann also nicht zugleich Bürge seyn. Es steht ihm folglich

59) *L.* 48. §. 1. *D. de Fideiussor.* S. POTHIER Pandect. Iustin. T. III. Tit. de fideiussoribus nr. LVII. not. b. pag. 340.

60) PAULUS *Sent. Recept.* Lib. I. Tit 9. §. 6. sagt daher: Qui *sciens prudensque* se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succuratur, ipsi tamen non succurretur. Man sehe auch NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 119.

61) Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 11.

62) *L.* 5. *D. de fideiussor.* *L.* 93. §. 2. *D. de Solut.*

lich nichts mehr im Wege, um sich die Restitutionswohlthat seines Erblassers zu Nutze zu machen. Eben dies bestätiget auch Papinian[63]) ausdrücklich, wenn er sagt: auxilium restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit. Allein, wenn auch gleich Lauterbach[64]) und Westenberg[65]) dieser Meinung Beyfall geben, so ist sie dennoch nicht schlechthin anzunehmen. Papinian selbst sagt, das bekannte Rechtsaxiom, daß die accessorische Verbindlichkeit des Bürgen erlösche, wenn derselbe des Schuldners Erbe geworden ist, sey nur dann wahr, wenn die Hauptverbindlichkeit des Schnldners vollkommen wirksam und klagbar ist[66]). Die Regel leidet also eine Ausnahme, wenn der Bürge

63) *L.* 65. §. 3. *D. de Solut.*

64) Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 20.

65) Princip. iur. sec. ord. Pandect. h. t. §. 24. nr. III.

66) Papinians Worte lauten in der *L.* 95. §. 3. *D. de Solut.* folgendermassen: Quod vulgo iactatur: *fideiusorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari:* toties verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur; nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur. Cujaz will zwar Observat. Lib. XI. cap. 34. nach Anleitung der Basiliken (apud FABROT Tom. IV. pag. 163.) die letztern Worte dahin ändern: Nam si reus *natura* duntaxat fuit obligatus, fideiussor *non* liberabitur; es hat auch diese Lesart wirklich nach dem ganzen Inhalt der Stelle viel Wahrscheinlichkeit für sich; daher sich vorzüglich *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendat. Lib. I. cap. 20. hat angelegen seyn lassen, die Meinung des Cujaz ausführlich wider dessen Gegner zu vertheidigen. Allein daß hier dennoch keine Emendation des Textes nöthig sey, sondern die Stelle einen ganz richtigen Sinn habe, wenn man auch die Worte des Gesetzes unverändert läßt, hat *Abrah.* WIE-

Bürge sich auf eine solche Art verbindlich gemacht hat, daß der Gläubiger ein wirksames Recht gegen ihn, als gegen den Hauptschuldner selbst, erhalten hat. Denn hier würde es unbillig seyn, wenn der Gläubiger nun gleichwohl den Bürgen nur als Erben des Hauptschuldners behandeln, folglich sein vorzüglicheres Recht, das er gegen ihn als Bürgen hatte, aufgeben, und sich jetzt wieder eben diejenigen Einreden des Hauptschuldners müßte gefallen lassen, in deren Rücksicht er sich durch die Bürgschaft sicher zu stellen gesucht hat[67]). Dies ist nun gerade der Fall bey einem solchen Bürgen, der für einen Minderjährigen in Absicht auf die demselben zustehende Rechtswohlthat seines Alters gut gesagt hat. Hier würde dem Bürgen, wenn er sich als Erbe des Hauptschuldners die Rechtswohlthat desselben zu Nutze machen wollte, die Replik des Betrugs mit vollkommenem Grund entgegen gesetzt werden können[68]).

Zwar

WIELING in Lection. iur. civ. Lib. II. cap. 12. pag. 160. gezeigt.

67) Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 128. S. 614. f.

68) Man kann auch hier anwenden, was Papinian *L.* 3. *pr. D. de Separat.* in dem angeführten Falle, da nämlich der Hauptschuldner des Bürgen Erbe geworden ist, sagt: Neque enim ratio iuris, quae causam fideiussionis, propter principalem obligationem, quae maior fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, *qui sibi diligenter prospexerat*; und VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 39. hat ganz Recht, wenn er sagt: *ideoque vel ad exemplum illius casus, qui est in d. L.* 3. *separationis petendae licentia creditori indulgenda foret, non ita quidem, ut bona, sed magis, ut causa defuncti et heredis separetur, et eo cuncta hebeantur loco quasi confusio per aditionem facta non esset.*

Zwar sagt freylich Papinian[69]), daß man darum noch nicht gleich die Verbindlichkeit des Bürgen als fortdauernd annehmen könne, weil dem Hauptschuldner nach seinen persönlichen Verhältnissen die Rechtswohlthat der Restitution zustand. Ja er gedenkt des Falles ganz ausdrücklich, da der Hauptschuldner noch minderjährig war, und der Bürge desselben Erbe geworden ist; und behauptet, daß dem Bürgen, als Erben des Minderjährigen, diejenige Rechtswohlthat nicht versagt werden könne, welche dem Schuldner bey seinem Leben selbst zugestanden haben würde. Allein er setzt ausdrücklich voraus, daß der Bürge sich ohne alle Rücksicht auf das minderjährige Alter des Schuldners verbindlich gemacht habe. Denn hier würde die Restitution dem Bürgen zu statten gekommen seyn, wenn auch der Schuldner am Leben geblieben, und also der Bürge nicht sein Erbe geworden wäre.

Zu-

69) Die Worte sind: E contrario non potest dici, non tolli fideiussoris obligationem, *si debitor propriam et personalem habuit defensionem:* nam si *minori viginti quinque annis* bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit, *herede fideiussore*, difficile est dicere, *causam iuris honorarii*, quae potuit auxilio minori esse, *retinere fideiussoris obligationem*, quae principalis fuit, et cui fideiussoris accessit *sine contemplatione iuris Praetorii:* auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit. Die Critic hat zwar auch bey diesen Worten manches zu verbessern gefunden. Man vergleiche z. B. *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. VIII. cap. 4. *Elb.* LEONINUS Emendation. Lib. I. cap. 3. *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendat. Lib. I. cap. 2. Allein daß auch hier keine Aenderung nöthig sey, haben WIELING c. I. pag. 162. sqq. und HOEPFNER cit. Diss. §. 31—34. gezeigt.

Zuweilen kommt die Restitution des Minderjährigen auch einem Dritten zu statten, ob er gleich kein successor desselben ist, und sie auch für seine Person nicht suchen könnte. Dies ist der Fall,

1) wenn der Gegenstand derselben untheilbar ist, das ist, eine solche Sache betrift, die den Dritten eben so gut, wie den Minderjährigen, angehet, und so beschaffen ist, daß der letztere den Vortheil der Restitution nicht genießen würde, wenn sich die Wirkung derselben nicht auch auf den volljährigen Theilnehmer erstreckte [70]. Z. B. ein Minderjähriger besitzt mit einem Volljährigen ein gemeinschaftliches Grundstück, dem eine Realservitut zusteht. Die Besitzer erlassen diese Servitut dem dienstbaren Grundstück, oder sie verlieren ihr Recht durch Nichtgebrauch. Wenn hier der Minderjährige gegen diesen Verlust die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhält, so kommt sie wegen der Untheilbarkeit ihres Gegenstandes auch dem großjährigen Mitbesitzer zu gute [71]. Hätten hingegen beyde ein theilbares Interesse, so daß der Minderjährige auch ohne den volljährigen Consorten der Restitution vollkommen theilhaftig werden könnte; so kommt sie dem letztern nicht zu statten [72]. Man setze also, zwey Brüder hätten sich wegen

70) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Pet. Car.* BLAUEL Diss. de restitutione in integrum minorum ex causa individua maioribus proficua. *Goett.* 1779. und SCHMID Diss. de restitutione in integr. num sit beneficium reale an personale §. 28—32.

71) Dies lehrt die Analogie der *L.* 10. *pr. D. quemadmod. servitut. amitt. L.* 17. *D. de Servitut. L.* 72. *pr. D. de Verbor. Obligat.*

72) *L. un. Cod. Si in commun. ead. causa in integr. restitut. post. L.* 2. *Cod. Si unus ex plurib. appellav.* SCHMID cit. Diss. §. 30.

gen der noch ungetheilten väterlichen Erbschaft mit einem Dritten verglichen; der minderjährige habe aber nachher in Ansehung seines Antheils die Restitution erhalten, so hilft diese dem volljährigen Bruder nichts, weil hier der Gegenstand theilbar ist [73]).

2) Wenn ein Minderjähriger sich den Geschäften eines Großjährigen ohne Auftrag unterzogen, und denselben dadurch in Schaden gebracht hat; so kann letzterer verlangen, daß der Minderjährige entweder selbst gegen seine Handlungen Restitution suche, oder ihn zu diesem Gesuch bevollmächtige [74]). Hätte der Volljährige dem Minderjährigen zur Besorgung seiner Geschäfte Auftrag ertheilt, so würde der Schade auf den Gewaltgeber allein zurückfallen, ohne hier auf die Wiederherstellung des Minderjährigen dringen zu können [75]).

73) Man sehe LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 19. LEYSER Specim. LXI. med. 10. *de* WERNHER Sel. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 112.

74) *L.* 24. *pr.* *D. h. t.* Siehe oben §. 443. S. 460.

75) *L.* 23. *D. h. t.* SCHMID cit. Diss. §. 9. et 10.

Berichtigung.

S. 315. Sind über die Rechtswohlthat der Vorausklage und Theilung bey Vollmachten der Gemeinden nachzusehen Hrn. Hofr. Gönners Erörterungen über den gemeinen Proceß (Bamberg 1799.) Nr. XIII.

Verzeichniß

juristischer Bücher,

welche der Verleger dieses Buchs theils selbst verlegt, theils in Commission hat, und bey ihm gleichwie in allen soliden Buchhandlungen zu haben sind.

Abicht, J. H. die Lehre von Belohnung und Strafe, in ihrer Anwendung auf die bürgerliche Vergeltungsgerechtigkeit überhaupt und auf die Kriminalgesetze insbesondere, wie auch auf Moral, Theologie und Erziehungswissenschaft, 2 Bände gr. 8. 1796—97. 5 fl — 3 Rthlr 8 ggr

Auszug aus der Preuß. Gerichtsordnung und dem Landrechte, das Militär betreffend. Ein Handbuch für das preuß. Militär, Beamten und Unterthanen. 8. 1798. 45 kr — 12 ggr

Bensens, Heinr. Versuch eines systemat. Grundrisses der reinen und angewandten Staatslehre für Kameralisten, 1ste Abtheil. die Encyclopädie enth. gr. 8. 1798. 40 kr — 10 ggr

— desselben 2te Abtheil. die Policeywiss. enth. gr. 8. 1799. 54 kr — 14 ggr

— desselben 3te und lezte Abth. die Staatswirthschaft enthaltend.

Ist unter der Presse, und wird in wenigen Wochen fertig.

— de fundamento poenarum capitalium tam hist. quam philosophica spectato Commentat. iurid. 8. maj. 1796. 20 kr — 5 gr

— de naturali disciplinarum ad oeconomiam publ. spectant. cohaerentia. 8. maj. 1798. 8 kr — 2 ggr

Beyträge zur Geschichte der deutschen Justizpflege. 4 Stücke. 4. 1788—89. 2 fl 40 kr — 1 Rthlr 16 ggr

Böll, Carl, Grundsätze der in Deutschland geltenden Rechte, in Schreiben an einen jungen Herrn von Stande. 8. 1780. 24 kr — 6 ggr

— processus germaniae civilis communis theoria. 8. 1780. 24 kr — 6 ggr

Dorn, J. C. Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesindrechts. gr. 8. 1794. 2 fl — 1 Rthr 8 ggr

Eggloffstein, Graf von, über eigenmächtige Exemtionen Reichsritterschaftl. Mitglieder. gr. 8. 1794. 30 kr — 8 ggr

Elsäßer, C. F. Theorie der Kanzleypraxis. 8. 1782. 30 kr — 8 ggr

— vermischte Beiträge vorzüglich zum Canzleywesen, eine Forts. der jurist. Beobacht. von Gmelin und Elsäßer. gr. 8. 1783. 1 fl — 16 ggr

Entwicklung des Begrifs unstandsmäßiger Ehen, hauptsächlich der deutschen Reichsstände aus deutschen Gewohnheiten und Gesetzen. 4. 1781. 1 fl — 16 ggr

Entwurf, tabellarischer, von gerichtlichen Klagen, woher solche entspringen, wider wen sie gehen, und worauf sie zu richten. Fol. 1786. 30 kr — 8 ggr

Erbe, C. F. rechtliche Abhandl. über den Hofdiebstahl. 4. 1775. 12 kr — 3 ggr

Fischer, I. F. comment. jurid. historia portionis matricularis collectarum Imp. Seren. Dom. Saxon. explicans. 4. 1776. 30 kr — 8 ggr

Geigers, Joh. Burk. und C. F. Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrheit, 2 Thle. gr. 8. 1792 — 1794. 2 fl 12 kr — 1 Rthlr 10 ggr

Glücks, C. F. ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar. 1 — 5r Band. gr. 8. 12 fl — 7 Rthlr 12 ggr

— die Zusätze und Verbesserungen besonders aus der 2ten Auflage des 1sten Bandes für die Käufer der 1sten Auflage gr. 8. 1798. 30 kr — 8 ggr

— Opuscula juridica, 4 fasciculi. 8. maj. 1785 — 90. 4 fl. 30 kr — 3 Rthlr.

Gmelin, Christ., über die Präjudicialklage de partu agnoscendo. gr. 8. 1781. 24 kr — 6 ggr

Häberlins, C. F. Anmerkungen über Gemmingens Schrift, den deutschen Fürstenbund betreffend. 4. 1786. 12 kr. — 3 ggr

— Materialien und Beyträge zur Gesch. den Rechten und deren Literatur, 3 Stücke. 8. 1784 — 1786. 1 fl 30 kr. — 1 Rthl

Hallacher, E. F. principia juris rom. de praescriptione criminali junctis cogitatis nonnullis de abrogat. ejus suadenda. 4. 1788. 15 kr — 4 ggr

Haltaus, Chr. Gottl. Jahrzeitbuch der deutschen des Mittelalters, in einer freyen Uebersetzung mit vielen Zusätzen und Berichtigungen aus ältern und neuern Zeiten. 4. 1797. 2 fl — 1 Rthr 8 ggr

Hamm,

Hamm, I. F. de statutorum collisione et praeferentia in caussis successionum ab intestato. 8. maj. 1792. 30 kr — 7 ggr

Haselberg, D. G. P. de confirmatione caesarea pacorum confraternitatis 4. 1792. 12 kr — 3 ggr

Hauß, E. A. Versuch über den rechtl. Werth des Gerichtsgebrauchs sowohl an den teutschen Territorial- als höchsten Reichsgerichten 8. 1798. 24 kr — 6 ggr

Hornberger, J. P. Grundsätze der Cameralrechnungsführung, mit 13 Tabellen erläutert. gr. 8. 1796.
1 fl. 45 kr — 1 Rthlr. 4 gr

Huchs, Fr. Aug. Versuch einer Litteratur der Diplomatik, 2 Thle. gr. 8. 1792. 2 fl — 1 Rthlr. 8. gr

Jaeger, C. F. diss. jurid de emphyteusi falinaria praesertim Haelae Suevor. obtinente. 4. 1760. 8 kr — 2 g

Kephalides, Conf. de alienatione fidei commissorum familiae vel sine consensu liberorum postea procreatorum licit. Diss. jur. 4. 1794. 30 kr — 8 gg

Kleinschrod, G. A. Abhandlung vom Wilddiebstahl, dessen Geschichte, Strafe und Gerichtsstand. gr. 8. 1790.
30 kr — 8 ggr

— systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, 3 Theile, 2te vermehrte und verbesserte Ausgabe. gr. 8. 1799. 4 fl 30 kr — 3 Rthlr

Diese 3 Theile werden nicht vereinzelt.

— desselben 2r und 3r Theil der 1sten Aufl. gr. 8. 1795 — 1796.
2 fl 12 kr. — 1 Rthlr 10 ggr

— die Zusätze und Verbesserungen aus der neuen Ausgabe für die Käufer der 1sten Aufl. besonders abgedruckt. 8.
(Unter der Presse).

— Abhandlungen aus dem peinlichen Recht und peinlichen Proceß, 1r u. 2r Band. gr. 8. 1797 — 1798. 3 fl — 2 Rthlr

Klübers, J. L. kleine juristische Bibliothek oder ausführliche Nachrichten von klein. jurist. Schriften, mit unpartheiischen Prüfungen, 1 — 26s Stück. gr. 8. 1784 — 1794.
10 fl 24 kr — 6 Rthlr 12 ggr

jedes Stück einzeln 24 kr — 6 ggr

— Versuch über die Geschichte der Gerichtslehen, mit einigen Urkunden. gr. 8. 1785. 30 kr — 8 ggr

— systematischer Entwurf der kais. Wahlkapitulation. gr. 8. 1790. 20 kr — 5 ggr

— Acten zum Gebrauch seines praktischen Collegiums, 4 Stücke Fol. 1791. 1 fl — 16 ggr

Klü-

Klübers, J. L. neueste Litteratur des deutschen Staatsrechts, oder 4ter Theil zu Pütters Litteratur des Staatsrechts. gr.8. 1792. 3 fl — 2 Rthlr

— de pictura contumeliosa. 4 maj. 1787. 20 kr — 5 ggr.

— e nobilitate codicilari. 4. 1788. 30 kr — 8 ggr

— sagoge in elementa juris publ. quo utuntur nobiles immediati in Imp. rom. germ. 8. maj. 1793. in Commission. 45 kr — 12 ggr

Kle, H. E. F. Grundsätze des gemeinen deutschen und preuss. Criminalrechts. 8. 1796. 36 kr — 9 ggr

Lafts, S. A. practische Anmerkungen über den Concursproceß. gr. 8. 1786. 2 fl 15 kr — 1 Rthlr. 12 ggr

- juristisch practisches Wörterbuch mit Beweißstellen aus den Reichsgesetzen, wie auch Land- und Stadtrechten, oder neue umgearbeitete Auflage des Schottischen jurist. Wörterbuchs. gr. 8. 1793. 1 fl 30 kr — 1 Rthlr

Lammers, J. W. F. Erörterung der Frage: ob die Renunziation auf die Erbschaft überhaupt von der Collationsverbindlichkeit befreye? 8. 1795. 8 kr — 2 ggr

Litteratur, neueste juristische von Gmelin und Elsässer, vom Jahr 1777. bis 1780. jeder Jahrg. in 2 Bänden. 8. jeder Band 1 fl 12 kr — 18 ggr
compl. 9 fl 36 kr — 6 Rthlr

— dieselbe von der Erlang. Juristen-Fakultät fortgesetzt vom Jahr 1781 — 1784. 8. Jeder Jahrgang in 4 Stücken, jedes Stück 36 kr — 9 ggr
compl. 9 fl 36 kr — 6 Rthlr

Maders, Joh. Reichsritterschaftl. Magazin, 13 Bände. 8. 1781 — 1786. jeder Band 2 fl — 1 Rthlr 8 ggr.
compl. 26 fl — 17 Rthlr 8 ggr

Malblanc, I. F. opuscula ad jus criminale 8. maj. 1793. 45 kr — 12 ggr

— Abhandlungen aus dem Reichstädtischen Staatsrecht. gr. 8. 1793. 54 kr — 14 ggr

Mohl, C. F. und J. A. Ortloffs 2 Preißschriften über die Frage: wie können die Vorurtheile, welche durch das Wandern der Handwerksgesellen möglich sind, befördert und die dabey vorkommenden Nachtheile verhütet werden? 8. 1799. jede einzeln 30 kr — 8 ggr

Natur- u. Völkerrecht zum Unterricht Kayser Josephs II. von einem großen Staatsminister (Herrn von Bartenstein). gr. 8. 1790. 1 fl — 16 ggr

Ortloff, Joh. Andr. über der Einfluß der stoischen Philosophie auf die römische Jurisprudenz. Eine philosoph. jurist. Abhandlung. 8. 1797. 24 kr — 6 ggr

Palms,

Palms, Joh. Jac. Handbibliothek der juristischen Litteratur, mit Preißen und einem Materien-Register. 8. 1791.
2 fl — 1 Rthlr 8 ggr

Pflaums, M. Entwurf einer neuen peinlichen Gesetzgebung. gr. 8. 1793. 1 fl 45 kr — 1 Rthlr 4 ggr

Pütters Litteratur des deutschen Staatsrechts 4ter Theil siehe Klüber.

Rebmann, J. C. vom gerichtlichen und aussergerichtlichen Verfahren in Rechnungsangelegenheiten. 4. 1789.
1 fl 45 kr — 1 Rthlr 4 ggr

— von Einrichtung und Führung des Cameralrechnungswesens und richtiger Aufstellung der Rechnungen, oder 2ter practischer Theil des vorhergehenden Buches. 4. 1791. 4 fl — 2 Rthlr 16 ggr

— Etwas über das römische Recht. 4. 1788. 8 kr — 2 ggr

— Vorschläge zu einer allgemeinen Reichsritterschaftl. Brandassecurationsgesellschaft. 4. 1789. 24 kr — 6 ggr

Reider, Fl. A. de, de juribus capitulorum ecclesiarum Metrop. et cathedral. in Germania sede vacante praecipue de eorum jure monetando. 4 maj. 1794. 45 kr — 12 ggr

Rudolphi, I. C. nova commentatio de codice canonum quem Hadrianus P. R. Carolo M. dono dedit. 8. 1778.
24 kr — 6 ggr

— I. A. Comment. de jure reinfeudandi beneficia imperio aperta sive majora durante interregno. 8 maj. 1794.
8 kr — 2 ggr

Samhaber, I. B. M. Al. de universali judicis directorio in Augustis, Camerae Imper. trib. per utriusquae praesidiis consortium rescripto. 4. 1792. 24 kr — 6 ggr

— de statu et nominibus militarium in Germania. 8 maj. 1794. 12 kr — 3 ggr

Sand, J. Fr. Vorschläge zur Verbesserung der allgemeinen Policeygesetze, der Wuth der Hunde am sichersten vorzubeugen. 8. 1798. 12 kr — 3 ggr

Schotts, Joh. Ludw. Vorbereitung zur jurist. Praxis, besonders in Rücksicht auf die Schreibart in rechtlichen Geschäften. gr. 8. 1784. 1 fl 15 kr — 20 gr

— jurist. practisches Wörterbuch, als Anhang zur juristischen Praxis. Neue ganz umgearbeitete und vermehrte Ausgabe von S. A. Kraft. gr. 8. 1793. 1 fl 30 kr — 1 Rthlr

— C. F. Dissertationes juris naturalis, edid. A. L. Schott. 2 tomi. 8. 1784. 2 fl — 1 Rthlr 8 ggr

Schubert, M. Z. hist. Versuch einer Geschichte über die geistliche und weltliche Staats- und Gerichtsverfassung des Hochstifts Bamberg, m. Kupf. gr. 8. 1790. 1 fl 15 kr — 20 ggr

Seger,

Seger, I. T. opuscula juris universi et historiae, edid. I. L. Klüber 8 maj. 1789. 1 fl 15 kr — 20 ggr

Seiler, G. C. F. vindiciae potestatis camerae imperialis supremae decernendi commissiones ad integrum causam. 4. 1794. 40 kr — 10 ggr

Spieß, P. C. Geschichte des Kaiserl. 9jährigen Bundes vom J. 1535—1544. gr. 4. 1788. 2 fl 15 kr — 1 Rthlr 12 ggr

Stein, G. J. Versuch einer theoret. praktischen Abhandlung über die Lehre des römischen Rechts von pflichtwidrigen Testamenten und den Rechtsmitteln wider dieselben. gr. 8. 1798. 1 fl — 16 ggr

Stephani, Heinr. Anmerkungen zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre. 8. 1797. 30 kr — 8 ggr

— Grundlinien der Rechtswissenschaft, oder das sogenannte Naturrecht. gr. 8. 1797. 1 fl 4 kr — 16 ggr

Strampfer, G. W. von der Intestaterbfolge nach positiven u. natürlichen Rechten. gr. 8. 1795. 15 kr — 4 ggr

— vom Hutrecht. Eine juristisch-kameralistische Abhandlung. 8. 1799. 12 kr — 3 ggr

Ueber Erbschaftssteuer und lachende Erbengebühr, nach Grundsätzen teutscher Provinzialrechte, mit einer Vorrede über diesen Gegenstand von J. L. Klüber. 8. 1790. 12 kr — 3 ggr

Ulmenstein, F. W. von, Versuch einer kurzen systemat. und histor. Einleitung in die Lehre des deutschen Staatsrechts von Steuern und Abgaben reichsständischer Unterthanen und dem Steuerrecht der Reichsstände. gr. 8. 1795. 1 fl — 16 ggr

Völderndorf, C. F. W. von, Etwas von Nachlaßverträgen (de pactis remissoriis) gr. 8. 1788. 45 kr — 12 ggr

— Ursala Ungerin, ein Gegenstück von Christ. von Wangenheim, eine Geschichte über Bosheit und Laster, aus gerichtl. Acten und Originalurkunden. 8. 1788. 24 kr — 6 ggr

Bayerische Staatsbibliothek München

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Hellfeld, Johann August, 1717-1782 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 5,2

Erlangen (1799)

J.rom.c. 407 b-5,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11129696-8
VD18 90261550